رمز الحقائق

في شرح

كنز الدقائق

للإمام العلامة شيخ الإسلام

أبي محمد محمود بن أحمد بن موسى الحلبي المصري

بدر الدين العيني

(٧٦٢ - ٨٥٥ هـ) رحمه الله تعالى

يُنشر محققاً لأول مرة على عدة أصول خطية

وبحاشيته

نور الحدائق على رمز الحقائق

حققه وكتب حواشيه

سراج الدين عمر أحمد قباوة

المجلد الرابع

من كتاب البيوع ... إلى كتاب الدعوى

دار المنهاج القويم

علم يُنتفع به

٤

رمز الحقائق

في شرح

كنز الدقائق

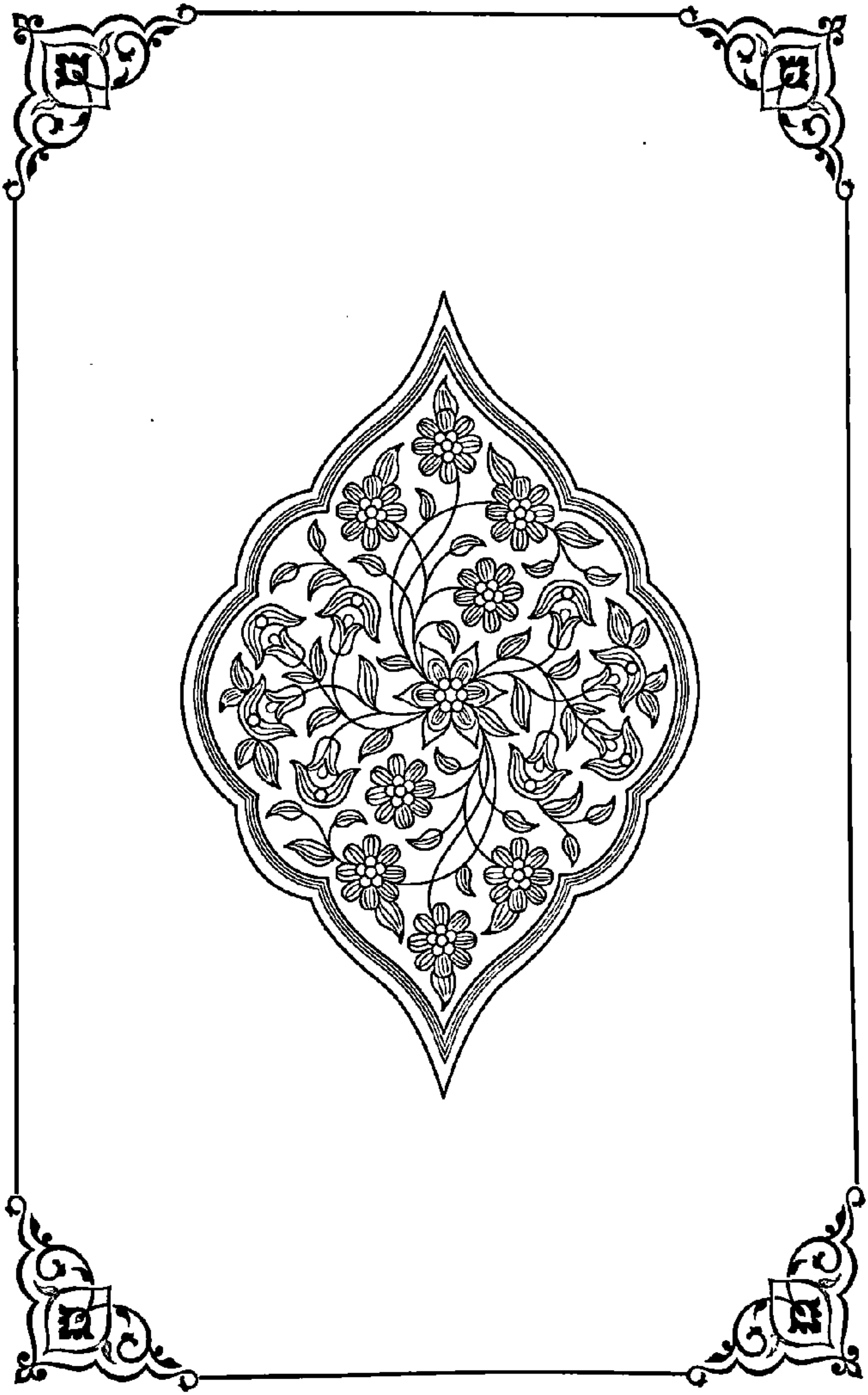
بسم الله الرحمن الرحيم

الطَّبعَةُ الأُولى
١٤٤٥ هـ - ٢٠٢٤ م
جميع الحقوق محفوظة

دار المنهاج القويم للنشر والتوزيع

الجمهورية العربية السورية
دمشق - حلبوني - جادة ابن سينا - بناء الشلاح
هاتف : 2235402 - فاكس : 2242340 - ص.ب : 31446
جوال : 00963944272501 - العلاقات العامة : 00963947320948
Email : darminhagkawem@hotmail.com
Email : darminhagkawem@gmail.com
ISBN : 978-9933-609-97-9

كتاب البيوع



كتاب البُيوعِ

هو: مُبادَلةُ المالِ بالتَّراضي.

ويَلزَمُ بإيجابٍ وقَبولٍ، ....

هذا (كِتاب) في بَيان أحكامِ (البُيوعِ)

وفي بعض النُّسَخ: (البيعِ)، والأصلُ أن لا يُجمَع البيعُ؛ لأنه مَصدرٌ، فيتناولُ القليلَ والكثيرَ، والذي يجمعُه يَنظر إلى الأنواع التي تحتَه.

وهو في اللُّغة: مُطلَق الْمُبادَلة، وفي الشَّرع: (هو) أي البيعُ (مُبادَلةُ المالِ) بالمال (بالتَّراضي) فإن وُجِدت الْمُبادَلةُ بلا تَراضٍ لا يكونُ بيعًا شَرعيًّا؛ لقَوله تَعالى: ﴿إِلَّآ أَن تَكُونَ تِجَـٰرَةً عَن تَرَاضٍ﴾ [النساء: ٢٩].

(ويَلزَمُ) أي يَنعقِدُ البيعُ انعِقادًا لازِمًا (بإيجابٍ وقَبولٍ) بصِيغة الْمُضِيِّ، كقَول البائعِ: بِعتُ، والْمُشتَري: اشترَيتُ؛ لأن الشَّرعَ اعتَبَر الإخبارَ إنشاءً في جَميع العُقودِ، فيَنعقِدُ به.

وقال الشّافعيُّ: لا يَلزَم بذلك، بل لهما خِيارُ الْمَجلِس؛ لقَوله عَلَيهِ الصَّلَاةُ وَالسَّلَامُ: «الْمُتبايِعان بالخِيار ما لم يَتفرَّقا»[1]، وبه قال أحمدُ في رِوايةٍ.

---

(١) رواه البخاري (٢١٠٨)، ومسلم (١٥٣٢)، وهذا لفظ الإمام أحمد (٣٩٣).

ولنا: أن العقدَ تمَّ من الجانِبَين، ودَخَل الْمَبيعُ في مِلك الْمُشتَري، وإثباتُ الخِيارِ لأحَدِهما يَستلزِمُ إبطالَ حقِّ الآخَر، فيَنتَفي بقَولِه عَلَيهِ الصَّلَاةُ وَالسَّلَامُ: «لا ضرَرَ ولا ضِرارَ في الإسلام»[1].

والحَديثُ مَحمولٌ على خِيار القَبولِ، فإنه إذا أوجَب أحَدُهما فلكلٍّ منهما الخِيارُ ما داما في الْمَجلِس، ولم يَأخُذا في عملٍ آخَرَ، وفي لَفظِه إشارةٌ إليه، فإنهما مُتبايِعان حالةَ البيعِ حَقيقةً، وما بعدَه أو قبلَه مَجازًا، كسائِر أسماءِ الأفعالِ، مِثلُ الْمُتجاذِبَين[2] والْمُتضارِبَين، فيكونُ التَّفرُّقُ على هذا بالأقوال، هذا تَأويلُ محمدٍ، وقال أبو يوسف: هو التَّفرُّقُ بالأبدان بعد الإيجابِ قَبل القَبولِ.

ويَنعقِدُ البيعُ أيضًا بكلِّ لفظٍ يَدُلُّ على مَعنى الإيجابِ والقَبولِ، مِثلُ قولِه في الإيجاب: خُذ هذا بألفٍ، أو: أعطيتُكَ، أو: هذا لك بكذا، وكذا في القَبول: اشتَريتُ، وقبِلتُ، ورَضيتُ، وأجزتُ، وأخذْتُ، وما أشبهَ ذلك.

ولا فرقَ بين أن يكونَ البادِئُ الْمُشتريَ أو البائعَ.

---

(1) رواه بهذا اللفظ: يحيى بن آدم في «الخراج» (٣٠٣)، ورواه بلفظ: «لا ضرر ولا ضرار»: الإمام مالك ٢/ ٧٤٥، والإمام أحمد (٢٨٦٥)، وابن ماجه (٢٣٤١)، والطبراني (١٣٨٧)، والدارقطني (٤٥٣٩)، والحاكم (٢٣٤٥) وانظر إطناب الزيلعي في تخريجه في «نصب الراية» ٤/ ٣٨٤.

(2) في (ب): المتحادثين.

وبتَعاطٍ.

وأيٌّ قام عن الْمَجلِس قَبل القَبولِ: بَطَلَ الإيجابُ.

ولا بُدَّ من مَعرفةِ قَدْرٍ ووصفِ ثمَنٍ غيرِ مُشارٍ، ....

(و) يَلزَم أيضًا (بتَعاطٍ) سواءٌ كان في نَفائِس السِّلَع أو خَسائسِها في الأصحّ، وعن الكَرْخِيِّ: جوازُ ذلك في الخَسائِس دون النَّفائسِ، وهو قول أحمدَ، وعند الشّافعيِّ: لا يَنعقِد بالتَّعاطي مُطلقًا.

ثم اختلَفوا فيما يَتِمُّ به التَّعاطي، قيل: يَتِمُّ بالدَّفْع من الجانِبَين، وأشارَ محمدٌ إلى أنه يُكتَفى بتَسليم الْمَبيع.

(وأيّ) واحِدٍ من الْمُتعاقِدَين (قام عن الْمَجلِس قَبل القَبولِ) بعد إيجابِ أحَدِهما (بَطَلَ الإيجابُ) لأن القِيامَ دَليلُ الإعراضِ والرُّجوعِ، فيَبطُلُ به، كسائِر عُقودِ الْمُبادَلةِ، بخِلاف الخُلْع والعَتْق على مالٍ؛ حيث لا يَبطُلُ بقِيامِ الزَّوجِ والْمَولى.

وعند الشّافعيِّ: خِيارُ القَبولِ لا يَمتدُّ إلى آخِر الْمَجلِس، بل هو على الفَور، قُلنا: إنه يَحتاجُ إلى التَّروّي والتَّفكُّر، فجُعِل ساعاتُ الْمَجلِسِ كساعةٍ واحِدةٍ، وفيما قالَه حرَجٌ بَيِّنٌ، وهو مَدفوعٌ بالنَّصّ(١).

(ولا بُدَّ من مَعرفةِ قَدْرِ) مَبيعٍ وثمَنٍ (ووصفِ ثمَنٍ غيرِ مُشارٍ) إليه؛ لأن جَهالتَهما تُفضي إلى الْمُنازَعة، كما في السَّلَم، فإن مَعرِفةَ قَدْر الْمُسلَم فيه شرطٌ لجَواز العقدِ.

---

(١) قال الله تعالى: ﴿يُرِيدُ ٱللَّهُ بِكُمُ ٱلْيُسْرَ وَلَا يُرِيدُ بِكُمُ ٱلْعُسْرَ﴾ [البقرة: ١٨٥]، وقال ﷺ: «يسروا ولا تعسروا». «التبيين» ٤/ ٤.

لا مُشارٍ.

وصحَّ بثَمَنٍ حالٍّ، وبأَجَلٍ مَعلومٍ.

ومُطلَقُه يَقَع على النَّقد الغالبِ، وإن اختَلَفت النُّقودُ: فَسَد، ....

والحاصِلُ أن الأعواضَ إذا كانَت غيرَ مُشارٍ إليها، سواءٌ كانت ثمَنًا أو مُثْمَنًا: يُشترَط فيها مَعرِفةُ الْمِقدارِ في الْمَبيع، ومَعرِفةُ مِقدارِ الثَّمَنِ ووَصفِه، وأما إذا كانت مُشارًا إليها: فلا يُشترَط ذلك، أشارَ إليه بقَوله:

(لا) يُحتاجُ إلى مَعرِفةِ القَدْر في الْمَبيع والثَّمَنِ ووَصفِه في الذي هو (مُشارٌ) إليه؛ لعَدَم الإفضاءِ إلى الْمُنازَعة، لكنْ هذا في غَير الأموالِ الرِّبَويّةِ، أما في الأموالِ الرِّبَويّةِ: فإذا قوبِلَت بجِنسها فإن العقدَ لا يجوزُ مع جَهالةِ القَدْرِ فيها؛ لاحتِمال الرِّبا.

(وصحَّ) البيعُ (بثَمَنٍ حالٍّ) بتَشديدِ اللّام (وبأَجَلٍ مَعلومٍ) إذا بِيع بخِلاف جِنسِه ولم يَجمَعهما قَدْرٌ؛ لإطلاق النَّصِّ[١]، وإذا كان الأجَل مَجهولًا فَسَد العقدُ.

(ومُطلَقُه) أي مُطلَقُ الثَّمَن، أرادَ أن يكونَ مُطلَقًا عن قَيد البَلَد وعن قَيد وصفِ الثَّمَنِ بعد أن سمّى قدْرَه، بأن قال: (عشَرةُ دَراهِمَ) مثلًا (يَقَع على النَّقد الغالبِ) في البَلَد؛ لأن الْمَعلومَ بالعُرف كالْمَعلوم بالنَّصّ.

(وإن اختَلَفت النُّقودُ) في البَلَد، ولكن كان الكلُّ في الرَّواج سواءً، وفي الماليّة مُختلِفةً (فَسَد) البيعُ؛ للجَهالة ....

(١) وهو قوله تعالى: ﴿وأحل الله البيع وحرم الربا﴾.

إن لم يُبيِّن.

(إن لم يُبيِّن) فإذا بَيّن ارتفَع الفَسادُ.

فإن كانَت في الرَّواج مُختلِفةً: يَنصرِفُ إلى غالِب نَقدِ البلَدِ، وإن كانَت في الماليّة سواءً: جاز البيعُ كَيفَما كان، غيرَ أنه إن كان أحَدُهما أرْوَجَ انصَرَف إليه.

وإن كانَت في الرَّواج سواءً، كالأُحادِيِّ والثُّنائيِّ والثُّلاثيِّ[1]: جاز؛ لأن ماليّةَ كلِّ واحدٍ دِرهَمٌ، لأن الثُّنائيَّ كلُّ اثنَين منه دِرهَمٌ، والثُّلاثيَّ كلُّ ثَلاثةٍ منه دِرهَمٌ، فاستَوى الكلُّ في كونه دِرهَمًا واحِدًا في الحَقيقة.

وإن اختلَفَت في الصُّورة، ونَظيرُه: الكامِليُّ، والعادِليُّ، والظّاهِريُّ، والْمَنصورِيُّ، والنّاصِريُّ اليومَ بمِصرَ[2]، هكذا قالَه الشّارحُ.

قُلتُ: اليومَ فَسَد الحالُ، فخَرَج دِرهَمٌ يُقالُ له: نَوروزِيٌّ، وآخَرُ يُقالُ له: حَكَميٌّ[3]، وعندهم عَتيقٌ يُقال له: ظاهِريٌّ، وآخَرُ يُقال له: بُنْدُقِيٌّ.

فالدِّرهَمُ الظّاهريُّ يُباعُ بثَمانيةِ دَراهِمَ من الفُلوس، والنَّوروزِيُّ يُباعُ منه دِرهَمٌ بدرهمَين من الفُلوس أو ثَلاثةٍ، وفيه شيءٌ لا يُساوِي دِرهَمًا فُلوسًا، والحَكَميُّ[4] أزيَدُ منه بيَسيرٍ، فحينَئذٍ لا بدَّ من التَّعيين.

---

(١) هذا مثال لاختلاف الاسم واستواء الرواج، وهذه أسماء دراهم كانت ببلاد ما وراء النهر، وانظر «فتح القدير» ٦/ ٢٦٤.

(٢) كل واحد من هذه الأسماء نسبة للسلطان الذي صكه.

(٣) في (أ) و(ج): جكمي.

(٤) في (أ) و(ج): جكمي.

ويُباعُ الطَّعامُ كَيلًا وجُزافًا، وبإناءٍ أو حَجرٍ بعَينه لم يُدْرَ قَدْرُه.

ثم ظَهَر دِرهَمٌ يُقالُ له: مُؤيَّديٌّ، كلُّ دِرهَمٍ منه يُباعُ بثَمانيةَ عشَرَ دِرهَمًا من الفُلوس، وأبطَل غيرَه من الدَّراهِم ما خَلا الظَّاهريَّ العَتيقَ، فإنه كان يُباعُ منه الدِّرهَمُ بعَشَرةٍ وأقلَّ وأكثرَ، ففي هذا أيضًا لا بدَّ من التَّعيين، وإلا فَسَد العقدُ.

(ويُباعُ الطَّعامُ كَيلًا) أي من حيثُ الكيلُ (و) يُباعُ أيضًا (جُزافًا[1]) لأن بكلٍّ منهما يَصيرُ مَعلومًا، أما المُكايَلة: فظاهِرٌ، وأما الجُزافُ: فلأنه بالإشارة تَرتفِع الجَهالةُ، ومُرادُه أن يبيعَه بخِلاف جِنسِه، وبجِنسه لا يجوزُ، إلا إذا كان قَليلًا، وهو ما دون نِصفِ الصَّاعِ.

وقال في «خُلاصة الفَتاوى»: أدنى ما يكونُ مالَ الرِّبا نِصفُ صاعٍ، حتى إذا باع مَنًّا[2] من حِنطةٍ بِمَنٍّ ونِصفِ مَنٍّ: يجوز، ونَقَل في «الفَتاوى الصُّغرى» عن المُعَلَّى بنِ مَنصورٍ، عن محمدٍ: أنه كَرِهَ التَّمرةَ بالتَّمرتَين[3]، وقال: كلُّ شيءٍ حَرُمَ في الكَثير فالقَليلُ منه حَرامٌ.

(و) يُباعُ أيضًا (بإناءٍ أو حَجرٍ بعَينه لم يُدْرَ قَدْرُه) لأن هذه الجَهالةَ لا تُفضِي إلى المُنازَعة، وهذا إذا كان الإناءُ لا يَنكبِس بالتَّكبيس،

---

(١) الجُزاف: بيع الشيء لا يُعلم كيلُه ولا وزنُه ... ويقال لمن يرسل كلامه إرسالًا من غير قانون: جازف في كلامه، فأُقيم نهجُ الصواب مَقامَ الكيل والوزن. «المصباح» ٩٩/١.

(٢) يعدل المن اليوم: (٣٩.٨١٥)غ.

(٣) في (ب) و(د) و(هـ): الثمرة بالثمرتين.

وَمَن باع صُبرةً كلَّ صاعٍ بدِرهَمٍ: صَحَّ في صاعٍ، ....

ولا يَنقبِض ولا يَنبسِط، كالقَصعة والخَزَف، وأما إذا كان يَنكبِس كالزِّنبيل والقُفَّة[1]: فلا يجوزُ إلا في قُرَب الماءِ استِحسانًا؛ للتَّعامُل فيه، وكذا إذا كان الحَجرُ يَتفتَّت، وكذا إذا باعَه بوَزْن شيءٍ يَخِفُّ[2] إذا جَفَّ، كالخِيار والبِطِّيخ، وعن أبي حنيفةَ وأبي يوسف: لا يجوزُ بوَزن حَجرٍ ولا بإناءٍ لا يُعرَف مِقدارُه[3].

(ومَن باع صُبرةً) وهي اسمٌ لكَومٍ من الحَبِّ (كلَّ صاعٍ) بالنَّصب، بَدَلٌ من (صُبرةً)، أي باع كلَّ صاعٍ من صُبرةٍ (بدِرهَمٍ: صَحَّ) البيعُ (في صاعٍ) واحدٍ عند أبي حنيفةَ، وقالا: جاز في الكلِّ؛ لأن الْمَبيعَ مَعلومٌ بالإشارة إلى الجُملة، والثَّمَنُ مَعلومٌ بالعَدِّ، وبه قالَت الثَّلاثةُ، وله: أن الْمَعلومَ هو صاعٌ واحِدٌ، والباقِي مَجهولٌ.

---

(١) الزِّنبيل وزان قنديل، كما في «المصباح» ١/ ٢٥٠، والذي في «فتح القدير» ٧/ ٨٨ أنه بالفتح.
ومعناه: المكتل، وهو الخوص (ورق النخل) الذي يوضع فيه التمر. «المصباح» ٢/ ٥٢٥.
والقُفَّة: القَرعة اليابسة، والقفة ما يُتَّخذ من خُوص كهيئة القَرعة، تضع فيه المرأة القُطن ونحوه، وجمعها قُفَف، مثل غرفة وغرف. «المصباح» ٢/ ٥١١.

(٢) في (ب): يحق، وفي (ج): يجف، وفي (هـ): خف.

(٣) لأن هذا جزاف، وشرط جواز الجزاف أن يكون مميَّزًا مشارًا إليه، ولو كاله به ورضي المشتري به جاز؛ لأنه صار مميَّزًا مشارًا إليه، وإن باعه بعد ذلك قبل أن يعيد الكيل جاز؛ لأنه اشتراه مجازفة، فكان المستحق هو المشار إليه. «التبيين» ٤/ ٥.

ولو باع ثَلّةً أو ثوبًا كلَّ شاةٍ أو ذِراعٍ بدِرهَمٍ: فَسَد في الكلِّ، ولو سَمّى الكلَّ: صَحَّ في الكلِّ.

ولو نَقَص كيلٌ: أَخَذ بحِصّته أو فَسَخ، وإن زاد: فللبائِع.

فإن سُمّي جُملةُ الصِّيعانِ، أو كِيلَت[1] الصُّبرةُ في الْمَجلِس: صحَّ البيعُ، وثَبَت للمُشتَري الخِيارُ، أما قَبل التَّسمِيةِ والكيلِ: ففي صاعٍ واحد، وأما بعدَهما: ففي الكلِّ، وإن عُلِم ذلك بعد الافتِراقِ فَسَد البيعُ.

(ولو باع ثَلّةً) بفَتح الثّاءِ الْمُثلَّثةِ وتَشديدِ اللّامِ، وهي: القَطيعُ من الغَنَم (أو) باعَ (ثوبًا كلَّ شاةٍ) بدِرهَمٍ (أو) كلَّ (ذِراعٍ بدِرهَم: فَسَد) البيعُ (في الكلِّ) عند أبي حنيفةَ، وعندهما: يجوزُ في الكلِّ، والدَّليلُ ما مَرّ.

(ولو سَمّى الكلَّ) بأن قال: مِائةُ شاةٍ مثلًا بمائةِ دِرهَم، أو: مِائةُ ذِراعٍ بمائةٍ (صَحَّ) البيعُ (في الكلِّ) يَعني: في فَصل الصُّبرةِ وفَصلِ الشِّياه ونحوِهما؛ لزَوال المانعِ.

(ولو نَقَص كيلٌ) فيما إذا باع صُبرةً وسَمّى جُملتَها، بأن قال: بِعتُكَها على أنها مِائةُ قَفِيزٍ بمِائة دِرهَم، ثم وَجَدها ناقِصةً (أَخَذ) الْمَوجودَ (بحِصّته) إن شاء (أو فَسَخ) البيعَ؛ لتَفرُّق الصَّفْقةِ عليه (وإن زاد) الكيلُ فيما ذكَرْنا (فللبائِع) أي فالزّائدُ للبائِع؛ لأنه لم يَدخُل في البَيع إلا القَدْرُ الْمُسمَّى، فبَقِيَ على مِلكه.

---

(١) في (ب): أو كانت.

ولو نَقَص ذِراعٌ: أَخَذ بكلِّ الثَّمَنِ أو تَرَك، وإن زاد: فلِلمُشتَري، ولا خِيارَ للبائِع، ولو قال: كلُّ ذِراعٍ بكذا، ونَقَص: أَخَذ بحِصّته أو تَرَك، وإن زاد: أَخَذ كُلَّه كُلَّ ذِراعٍ بكذا، أو فَسَخ.

(ولو نَقَص ذِراعٌ) فيما إذا باع مَذروعًا وسَمّى جُملةَ الذُّرعانِ، ولم يُسَمِّ لكلِّ ذِراعٍ ثمَنًا، (أَخَذ) المَوجودَ (بكلِّ الثَّمَنِ) إن شاء (أو تَرَك).

والأصلُ فيه: أن الذَّرعَ في المَذروعات وَصفٌ، والكيلَ في المَكيلات أصلٌ، فلا يَنقسِمُ الثَّمَنُ على الأوصاف إلا عند التَّعيينِ، على ما يجيءُ إن شاء اللهُ تَعالى، غيرَ أنه وَجَده ناقِصًا، فيَثبُتُ له الخِيارُ؛ لفَوات الوَصفِ المَرغوبِ فيه.

(وإن زاد) الذِّراعُ فيما ذكَرْنا (فلِلمُشتَري) أي فهو للمُشتَري بذلك الثَّمَنِ؛ لما ذكَرْنا، (ولا خِيارَ للبائِع) كما إذا شَرَط مَعيبًا، فوَجَده سَليمًا.

(ولو قال) البائعُ (كلُّ ذِراعٍ بكذا) بأن قال: بِعتُكَه على أنه عشَرةُ أَذرُعٍ، كلُّ ذِراعٍ بدِرهَمٍ مثلًا (ونَقَص) الذِّراعُ (أَخَذ) المَوجودَ (بحِصّته) إن شاء (أو تَرَك) لفَوات الوصفِ المَرغوبِ فيه.

(وإن زاد) الذِّراعُ فيما ذكَرْنا (أَخَذ كُلَّه كُلَّ ذِراعٍ بكذا) أي بدِرهَمٍ مثلًا، مِثلَما قال في الأوَّل، إن شاء (أو فَسَخ) البيعَ؛ لأن الذِّراعَ وإن كان وَصفًا لكنه صار أصلًا بالتَّعيين، كما ذكَرْنا، وثُبوتُ الخِيارِ لتَفرُّق الصَّفْقةِ عليه.

وفَسَد بيعُ عشَرةِ أذرُعٍ من دارٍ، لا أسهُمٍ.
وإن اشتَرى عِدلًا على أنه عَشَرةُ أثوابٍ، فنَقَص أو زاد: فَسد، .....

(وفَسَد بيعُ عشَرةِ أذرُعٍ) من مِائةِ ذِراعٍ (من دارٍ) أو من حَمّامٍ عند أبي حنيفةَ، وقالا: يجوزُ؛ لأن عشَرةَ أذرُعٍ من مِائةِ ذِراعٍ عُشْرُها، فأَشبَه السَّهمَ، وبه قالَت الثَّلاثةُ، وله: أن الذِّراعَ اسمٌ لما يُذرَع به، ويُستعارُ لما يَحِلُّ الذِّراعُ فيه، وإنه لا يكونُ إلا مَعلومًا، فكأنه باع ما هو مُعيَّنٌ، وهو مَجهولٌ في نَفسِه، فلم يَصِحَّ، بخِلاف السَّهمِ؛ لأنه اسمٌ للشّائعِ غيرِ الْمُعيَّن، فافترَقا.

(لا) يَفسُد بيعُ عشَرةِ (أسهُمٍ) من دارٍ؛ لما ذكَرْنا، قال الشّارحُ: هذا مُشكِلٌ، فإنه لو باع عشَرةَ أسهُمٍ من دارٍ أو غيرِها، ولم يَقُل: (من مِائة سهمٍ) ونحوَه: يَفسُد؛ لأنه مَجهولٌ لا تُعرَف نِسبتُه إلى جَميعِ الدّارِ.

قُلتُ: لا نُسلِّم ذلك؛ لأن أسهُمَ الدّارِ مَعلومةٌ، فيُعلَم نِسبةُ العشَرةِ إليه ضَرورةً، ولئن سَلَّمنا فمُرادُه عشَرةُ أسهُمٍ من مِائةِ سهمٍ ونحوُه مثلًا، فافهَم.

(وإن اشتَرى) رجلٌ (عِدلًا) بكَسر العَين، أي حِملًا من الثِّياب (على أنه عَشَرةُ أثوابٍ) بعَشَرة دَنانيرَ، ولم يُبيِّن ثمنَ كلِّ ثوبٍ (فنَقَص) العِدلُ عن العَشَرة (أو زاد) عليها (فَسد) البيعُ؛ لجَهالةِ الْمَبيعِ في الزِّيادة، وجَهالةِ الثَّمَنِ في النُّقصان.

ولو بَيَّن ثمنَ كلِّ ثوبٍ ونَقَص: صَحَّ بقَدْره، وخُيِّر، وإن زاد: فَسَد.

ومَن اشتَرى ثوبًا على أنه عشَرةُ أذرُعٍ، كلُّ ذِراعٍ بدِرهَمٍ: أَخَذه بعشَرةٍ في عشَرةٍ ونِصفٍ بلا خِيارٍ، وبتِسعةٍ في تِسعةٍ ونِصفٍ بخِيارٍ.

(**ولو بَيَّن**) الْمُشتَري (**ثمنَ كلِّ ثوبٍ**) في الْمَسألة الْمَذكورةِ (**ونَقَص**) الْمُسمّى (**صَحَّ**) البيعُ (**بقَدْره**) أي بقَدْر الْمَوجودِ؛ لأنّ ثمنَ كلِّ واحِدٍ من الثِّياب مَعلومٌ، فالْمَوجودُ يصِحُّ فيه البيعُ، ويَبطُل في الْمَعدوم، وعن أبي حنيفةَ: أنه يَفسُد؛ لأنه جَمَع بين مَعدومٍ ومَوجودٍ في صَفقةٍ واحِدةٍ (**وخُيِّر**) الْمُشتَري؛ لفَوات الوَصفِ الْمَرغوبِ.

(**وإن زاد**) الْمُسمّى (**فَسَد**) البيعُ؛ لأنه تَبقى[1] الجَهالةُ في الْمَردودِ، فيُؤدِّي إلى الْمُنازَعة.

(**ومَن اشتَرى ثوبًا على أنه عشَرةُ أذرُعٍ، كلُّ ذِراعٍ بدِرهَمٍ: أَخَذه**) أي أَخَذ الْمُشتَري الثَّوبَ (**بعشَرةٍ**) دَراهِمَ (**في**) كونِه وُجِد (**عشَرة**) أذرُعٍ (**ونِصف**) ذِراعٍ (**بلا خِيارٍ**) له (**و**) يَأخُذه (**بتِسعةٍ**) دَراهِمَ (**في**) كَونِه وُجِد (**تِسعة**) أذرُعٍ (**ونِصف**) ذِراعٍ، ولكن يَأخُذه إن شاء، وهو مَعنى قولِه: (**بخِيارٍ**) وهذا كلُّه عند أبي حنيفة.

وقال أبو يوسف: يَأخُذه في الأوَّل بأحَدَ عشَرَ، وفي الثّاني بعشَرةٍ، ويُخيَّر في الوَجهَين، وقال محمدٌ: يَأخُذه في الأوَّل بعشَرةٍ ونصفٍ، وفي الثّاني بعشَرةٍ إلا نِصفًا، ويُخيَّر فيهما؛ لأنه لما سَمّى لكلِّ ذِراعٍ

---

(١) في (ب): ينفي الجهالة. وانظر «التبيين» ٤/ ٨.

....

ثَمَنًا على حِدَةٍ التَحق بالقَدْر، ومن ضَرورةِ مُقابَلةِ الذِّراعِ بالدِّرهَمِ مُقابَلةُ النِّصفِ بالنِّصف، والخِيارُ يَثْبُت لئلا يَتضرَّرَ.

ولأبي يوسف: أنه لما قابَلَ كلَّ ذِراعٍ بدِرهَمٍ صار كلُّ ذِراعٍ كثَوبٍ على حِدَةٍ، بِيعَ على أنه ذِراعٌ بدِرهَمٍ، فإذا وَجَده ناقِصًا لا يَسقُط شيءٌ من الثَّمَن، ثم يُخيَّر؛ لعَدَم تَمامِ رِضاهُ.

ولأبي حنيفة: أن الذِّراعَ فيه وصفٌ في الأصل، وإنما أَخَذ حُكمَ المِقدارِ بالشَّرط، وهو مُقيَّدٌ بالذِّراع، وبكَونه مُقابَلًا بالدِّرهَم، فعند عَدَمهما[1] عاد الحُكمُ إلى الأصل، ثم لا يُخيَّر في فَصل الزِّيادةِ؛ لأنه مُخالَفةٌ إلى خيرٍ، وفي النُّقصان يُخيَّر؛ لفَوات الوصفِ المَرغوبِ فيه.

---

(١) في سوى (ج) و(د): عدمها.

فصلٌ [في بَيان ما يَدخُل في البَيع من غَير ذِكرٍ، وما لا يَدخُل، وغيرِه]

يَدخُلُ البِناءُ والْمَفاتيحُ في بَيع الدَّار، ....

هذا (فصلٌ)

في بَيان ما يَدخُل في البَيع من غَير ذِكرٍ، وما لا يَدخُل، وغيرِه

(يَدخُل البِناءُ والْمَفاتيحُ) جمعُ مِفتاحٍ (في بَيع الدَّار)؛ لأن العُرف يُطلِقُ اسمَ الدّارِ على العَرْصة والبِناءِ، والْمُرادُ بالْمَفاتيح إذا كان غَلَقُها مُتَّصِلًا بالدّار مُركَّبًا فيها، مِثلُ الكَيلونِ والضَّبّة[1]؛ لأنها تَدخُل في البَيع حينئذٍ تبَعًا لها، فتَدخُل الْمَفاتيحُ تَبعًا للأَغلاق، وإن لم يكن الغَلَقُ مُركَّبًا فيها، كالقُفل: لا يَدخُل الغَلقُ؛ لعَدَم الاتِّصالِ، ولا الْمِفتاحُ.

وفي «الفَتاوى الصُّغرى»: وفي الْمِفتاح: القِياسُ أن لا يَدخُلَ، وفي الاستِحسانِ: يَدخُل[2]، ثم قال: والسُّلَّمُ إذا كان غيرَ مُتَّصِلٍ لا يَدخُل.

وفي «فتاوى الوَلْوالِجيّ»: إذا باع بيتًا وعليه قُفلٌ: لا يَدخُل القُفلُ في البَيع؛ لأن القُفلَ لم يُلحَق بالباب ليَدخُل تحت البيعِ، بخِلاف الْمِفتاحِ.

---

(١) الضبة: يقال: باب مضبب: مشدود بالضِّباب، جمع ضبة، وهي حديدته العريضة التي يضبب بها، على الاستعارة. «المغرب» ص٢٧٩. والكيلون: من أقفال الأبواب، ويكون من الحديد، كما يكون أيضًا متنقِّلًا. «تكملة المعاجم العربية» ٩/ ١٨١.

(٢) وجه القياس: أنه منفصل، ووجه الاستحسان: أنه تابع ضرورة للقفل المتصل.

والشَّجرُ في بَيع الأرضِ، ....

(و) يَدخُلُ (الشَّجرُ في بَيع الأرضِ) لأنه مُتَّصِلٌ بها للقَرار، واختَلَفوا في شجَرٍ غيرِ مُثمرٍ، وفي شجَرٍ صَغيرٍ، قِيل: لا يَدخُلان؛ لأن غيرَ الْمُثمرةِ تُقلَع للحَطَب، والخَشَبِ ليُبنى عليها، والصَّغيرةُ تُنقَل عن مَكانها، فصار كالزَّرع، وقِيل: يَدخُلان؛ لأن نِهايتَهما ليس لها حَدٌّ مَعلومٌ، بخِلاف الزَّرع.

وفي «الخُلاصة»: والقُطنُ كالزَّرع: لا يَدخُل، وأما أَصلُ القُطنِ: فاختَلَف الْمَشايخُ فيه، والصَّحيح أنه لا يَدخُل، وأما الكُرّاثُ[1] إن كان ظاهِرًا: فإنه لا يَدخُل، وإن كان مُغَيَّبًا فإنه يَدخُل.

وشجَرةُ الخِلافِ والغرب[2] للمُشتَري، وكذا كلُّ ما كان له ساقٌ ولا يُقطَع أصلُه حتى كان شجَرًا.

وأصلُ الآسِ[3] والزَّعفَرانِ للبائِع، والقَصبُ في الأَرض كالثَّمَر، والرَّطْبةُ التي يُقال لها: (سبست[4]) كالثَّمَر، وأما عُروقُها: فتَدخُل في

---

(١) الكراث: بقلة معروفة، والكُرّاثة أخص منه، وهي خبيثة الريح. «المصباح» ٢/ ٥٣٠.

(٢) في (ب): والعرب.

والخلاف: وِزان كِتاب: شجر الصفصاف، الواحدة خِلَافَةٌ، ونصوا على تخفيف اللام، وزاد الصاغاني: وتشديدها من لحن العوام، قال الدينوري: زعموا أنه سمي خلافًا لأن الماء أتى به سبيًا، فنبت مخالفًا لأصله. «البحر» ٦/ ٨١.

(٣) الآس: شجر عَطِر الرائحة، الواحدة آسة. «المصباح» ١/ ٢٩.

(٤) قال في «تاج العروس» ٤/ ٥٤٦: سبست: ومما يستدرك عليه: سِبِستان، بكسرتين: هو شجر المخيط، ومعناها أطباء الكلبة، شبهت بها، وأصلها بالفارسية سك ستان، =

بلا ذِكرٍ.

البَيع، وقَوائمُ الخِلافِ تَدخُل في البَيع، وقوائمُ الباذِنجانِ كذلك.

وفي «فَتاوى الوَلْوالِجيِّ»: رجلٌ اشتَرى كَرْمًا وفيه ورَقُ التُّوتِ والوَرْدِ: لا يَدخُل في ذلك البيعِ؛ لأنه بمَنزِلة الثَّمَر.

وقولُه: (بلا ذِكرٍ) يَتعلَّق بقَوله: (يَدخُل) في الْمَسألتَين، أي بلا ذِكرِ هذه الأشياءِ في البَيع.

والأصلُ في هذا البابِ: أن كلَّ شيءٍ مُتَّصِلٍ بالْمَبيع اتِّصالَ قَرارٍ يَدخُل في البَيع تَبعًا، وإلا فلا، إلا إذا جَرى العُرفُ بالدُّخول فيه، كالِمفتاح.

والسُّلَّمُ الْمُتَّصِلُ بالبِناء يَدخُل، ولو كان من خشَبٍ، وغيرُ الْمُتَّصِلِ لا يَدخُل، والسَّريرُ كالسُّلَّم، هكذا ذَكرَه في «الكافِي»، وهذا في عُرفِهم، وفي عُرف أهلِ مِصرَ: يَنبَغي أن يَدخُلَ السُّلَّمُ وإن كان مُنفصِلًا.

والظُّلَّةُ[1] لا تَدخُل في بَيع الدّارِ عند أبي حنيفةَ، وعندهما: تَدخُل إذا كان مَفتَحُها من داخِل الدار.

وثِيابُ الغُلامِ والجارِيةِ تَدخُل في البَيع بغَير شرطٍ؛ للعُرف، إلا أن تكونَ ثِيابًا مُرتفِعةً تُلبَسُ للعَرض، فلا تَدخُل إلا بالشَّرط.

= فـ سك: الكلب، وستان الطبي: وأورده المصنف استطرادًا في مخط.

(١) الظلة: كل ما أظلك من بناء أو جبل أو سحاب، أي سترك وألقى ظله عليك، ولا يقال أظل عليه... وقول الفقهاء: ظلة الدار: يريدون بها السدة التي فوق الباب، وعن صاحب «الحصر» هي التي أحد طرفي جذوعها على هذه الدار، وطرفها الآخر على حائط الجار المقابل. «المغرب» ص٢٩٩.

ولا يَدخُل الزَّرعُ في بَيع الأرضِ بلا تَسمِيةٍ، ولا الثَّمَرُ في بَيع الشَّجَر، إلا بالشَّرط، ويُقالُ للبائع: اقطَعها وسَلِّم الْمَبيعَ.

وخِطامُ البعير، والحَبلُ الْمَشدودُ في عُنُق الحِمارِ، والبَرْذَعةُ، والإكافُ: تَدخُل؛ للعُرف، بخِلاف السَّرجِ، واللِّجامِ، والحبلِ الْمَشدودِ على قَرنِ البقَرِ، والجُل[1]: لا تَدخُل إلا بالشَّرط؛ لعَدَم العُرف، إلا أن يكونَ العُرفُ بخِلافه.

وفَصيلُ النَّاقةِ، وفَلُوُّ الرَّمَكةِ، وجحشُ الأتانِ، والعِجُّولُ، والحَمَلُ.. إن ذُهِب به مع الأُمِّ إلى مَوضِع البيعِ: دَخَل فيه؛ للعُرف، وإلا فلا.

(ولا يَدخُل الزَّرعُ في بَيع الأرضِ بلا تَسمِيةٍ، ولا) يَدخُل (الثَّمَرُ في بَيع الشَّجَر إلا بالشَّرط) لأن اتِّصالَهما ليس للقَرار، فصار كالْمَتاع الْمَوضوعِ في الدّار، ولا يَلزَم عليه الحَمْلُ؛ حيث يَدخُل في البَيع تبَعًا وإن كان للفَصْل؛ لأنه جُزءُ الجاريةِ، فيكونُ تَبعًا لها؛ ولأنه لا يَقدِرُ على فَصلِه[2] إلا اللهُ تَعالى، وعند الثَّلاثةِ: لو لم تكن الثَّمرةُ مُؤَبَّرَةً تَدخُل، وإلا فلا.

(ويُقالُ للبائِع: اقطَعها) أي اقطَع الزَّرعَ والثَّمَرةَ (وسَلِّم الْمَبيعَ) أي الأرضَ والشَّجرَ؛ لأن مِلكَ الْمُشتَري مَشغولٌ بمِلك البائعِ، فكان عليه تَفريغُه وتَسليمُه، كما إذا كان فيه مَتاعٌ مَوضوعٌ.

---

(١) الجُلّ: واحد جِلال الدواب. «مختار الصحاح» ص٥٩.

(٢) في (ب) و(ج): وصله. وانظر «التبيين» ٤/ ١١.

....

وقال الشّافعيُّ: يُترَك حتى يَظهَرَ صَلاحُ الثَّمَر، ويُستحصَد الزَّرعُ؛ لأن الواجِبَ هو التَّسليمُ الْمُعتادُ، وفي العادة أن لا يُقطَعَ كذلك، وصار كما إذا انقَضَت مُدّةُ الإجارةِ وفي الأرض زَرعٌ، وبه قال مالِكٌ وأحمدُ.

ولنا: أن التَّسليمَ واجِبٌ بحُكمِ العقدِ، بخِلاف الإجارةِ؛ لأنها للانتِفاع، فيُترَكُ بأجرٍ، ألا ترى أنه لو اشتَرى أرضًا لا يكونُ له الطَّريقُ إلا بالشَّرط، وفي الإجارةِ تَدخُل من غَير شرطٍ.

ولا فرقَ بين ما إذا كان للثَّمَر أو الزَّرعِ قيمةٌ أو لم يكن، في الصَّحيح، ويكونُ في الحالَين للبائِع؛ لأن بيعَهما مُنفردًا يجوزُ في الحالَين في الأصحّ، فكذا لا يَدخُلان في بَيع الأرضِ والشَّجرِ تبَعًا.

وأما إذا بَذَر في الأَرض، ولم يَنبُت حتى باع الأرضَ: فلا يَدخُل؛ لأنه مُودَعٌ فيها.

ولا يَدخُل الزَّرعُ والثَّمرُ بذِكر الحُقوقِ والْمَرافقِ؛ لأنهما ليسا منها.

وورَقُ التُّوتِ، والآسِ، والزَّعفَرانِ، والوردِ: بمَنزلةِ الثِّمارِ في كلِّ ما ذكَرْنا من الأحكام، وأشجارُها بمنزلةِ النَّخل.

وعكسُ الثِّمارِ في الحُكم الشِّربُ[1] والطَّريقُ، فكلُّ مَوضِعٍ يَدخُل فيه الثِّمارُ والزَّرعُ لا يَدخُل فيه الطَّريقُ والشِّربُ، وكلُّ مَوضِعٍ لا يَدخُلان فيه يَدخُل فيه الشِّربُ والطَّريقُ.

---

(١) الشِّرب: النصيب من الماء. «المصباح» ١/٣٠٨.

وَمَن باع ثَمرةً، بَدا صَلاحُها أوْ لا: صَحَّ، ويَقطعُها الْمُشتري في الحال، وإن شَرَط تركَها على النَّخل: فَسَد.

(ومَن باع ثَمرةً بَدا) أي ظَهَر (صَلاحُها[1] أوْ لا) أي أو لم يَبدُ (صَحَّ) البيعُ؛ لأنه مالٌ مُتقوَّمٌ مُنتفَعٌ به في الحال أو في الْمَآل، وقِيل: لا يجوزُ قبل أن يصيرَ مُنتفَعًا به، والأوَّلُ أصحُّ.

وعلى هذا الخِلافِ: بَيعُ الزَّرعِ قبل أن تَنالَه الْمَشافِرُ والْمَناجِلُ[2]، والأصحُّ الجَوازُ؛ لأنه مُنتفَعٌ به في الْمَآل، فصار كالأطفال والجَحشِ.

وعند الثَّلاثةِ: لا يجوزُ قبل الإدراكِ، إلا إذا شُرِط القَطعُ.

(ويَقطعُها) أي الثَّمرةَ (الْمُشتري في الحال) تَفريغًا لِمِلك البائعِ، هذا إذا اشتَراها مُطلَقًا أو بشَرط القَطعِ (وإن شَرَط) الْمَشتَري (تركَها) أي تركَ الثَّمرةِ (على النَّخل: فَسَد) البيعُ؛ لأنه شَرطٌ لا يَقتَضيه العقدُ، وكذا بَيعُ الزَّرعِ بشَرط التَّركِ.

---

(١) لا خلاف في عدم جواز بيع الثمار قبل أن تظهر، ولا في عدم جوازه بعد الظهور قبل بدو الصلاح بشرط الترك، ولا في جوازه قبل بدو الصلاح بشرط القطع فيما ينتفع به، ولا في الجواز بعد بدو الصلاح، لكن بُدُوُّ صلاحها عندنا أن تأمن العاهة والفساد، وعند الشافعي هو ظهور النضج وبدو الحلاوة، والخلاف إنما هو في بيعها قبل بدو الصلاح -على الخلاف في معناه- لا بشرط القطع. اهـ «الفتح» ٦/ ٢٨٧.

(٢) الشَّفْرة: المدية، وهي السكين العريض، والجمع شِفار، مثل كلبة وكلاب، وشَفَرات مثل سجدة وسَجَدات. «المصباح» ١/ ٣١٧.
والمناجل: جمع منجل، وهو ما يحصد به الزرع. «المغرب» ص٤٥٧.

....

وكذا إذا تَناهى عِظَمُها عندهما، وقال محمدٌ: لا يَفسُد؛ للعادة، بخِلاف ما إذا لم يَتناهَ عِظَمُها؛ لأنه شَرَط فيه الجُزءَ الْمَعدومَ[1].

وعند الثَّلاثةِ: لا يَفسُد البيعُ إذا شَرَط تَركَها على الشَّجَر.

ولو اشتَراها مُطلَقًا، وتَركَها بإذن البائعِ: طاب الفَضلُ للمُشتَري، وإن تَرَكها بغَير إذنِه تَصدَّق بما زاد في ذاتِه، وتُعرَف الزِّيادةُ بالتَّقويم يوم البيعِ، والتَّقويمِ يومَ الإدراكِ، فالزِّيادةُ تَفاوُتُ ما بينهما.

وإن كان تَركَها بعد تَناهي عِظَمِها: لا يَتصدَّق بشيءٍ؛ لأن التَّغيُّرَ في حال الثَّمَرةِ[2] لا في ذاتِها، فإن الشَّمسَ تُنضِجُه، ويأخُذُ اللَّونَ من القَمَر، والطَّعمَ من الكَواكِب، بتَقدير اللهِ تَعالى.

وإن اشتَراها مُطلَقًا، ثم استأجَر النَّخيلَ إلى وَقت الإدراكِ، فتَركَها: طاب له الفَضلُ، والإجارةُ باطِلةٌ؛ لعَدَم التَّعارُفِ، فبَقِيَ الإذنُ مُعتبَرًا بمُجرَّده، بخِلاف ما إذا اشتَرى الزَّرعَ، واستأجَر الأرضَ إلى أن يُدرِكَ، وتَركَه؛ حيث لا يَطيبُ له الفَضلُ، وهو ما زاد على الثَّمَن[3] وعلى ما غَرِم من أُجرَة المِثل؛ لأن الإجارةَ فاسِدةٌ؛ للجَهالة، فأورثَت خُبثًا.

ولو اشتَراها مُطلَقًا، فأثمرَت ثَمرًا آخَرَ قبل القَبضِ: فَسَد البيعُ؛ لعَجزِه عن التَّسليم، ولو أَثمَر بعد القَبضِ: ....

---

(١) وهو ما يزاد لمعنًى في الأرض أو الشجر. «التبيين» ٤/ ١٢.

(٢) في (ج): في حال النمو.

(٣) في (ج) و(د): الثمر. وانظر «التبيين» ٤/ ١٢.

....

يَشتَرِكانِ فيه للاختلاط[1]، والقولُ قولُ الْمُشتَري في مِقداره؛ لأنه في يدِه، وكذا في الباذِنجان والبِطِّيخِ.

والْمَخلَصُ: أن يَشتريَ الأُصولَ لتَحصُلَ الزِّيادةُ في مِلكه، ثم يَبيعَ الأُصولَ بعد قَضاءِ حاجتِه من البائِع إن شاء، وقِيل: الْمَخلَصُ فيه: أن يَشتريَ الثِّمارَ الْمَوجودةَ والْمَعدومةَ، فإنه جائِزٌ عند بعضِهم إذا كان الْمَوجودُ أكثرَ.

فحاصِلُه أن لهذه الْمَسائِلِ ثَلاثَ صُوَرٍ:

إحداها: إذا خَرَجَ الثَّمرُ كلُّه، فإنه يجوزُ بيعُه بالاتِّفاق.

والثّانيةُ: أن لا يَخرُجَ شيءٌ منه، فلا يجوزُ اتِّفاقًا.

والثّالِثةُ: أن يَخرُجَ بعضُها دون بعضٍ، فلا يجوزُ في ظاهِرِ الْمَذهَبِ، وقِيل: يجوزُ إذا كان الخارِجُ أكثرَ، ويُجعَلُ الْمَعدومُ تَبعًا للمَوجود استِحسانًا؛ للضَّرورة، وكان شمسُ الأئِمّةِ الحَلْوانِيُّ وأبو بكرٍ محمدُ بنُ الفَضلِ البُخاريُّ[2] يُفتِيان به، وقال شمسُ الأئِمّةِ السَّرَخسِيُّ: والأصحُّ أنه لا يجوزُ.

---

(١) تصحف قوله (يشتركان فيه للاختلاط) في سوى (أ) و(د) و(هـ)، إلى: (بيَسيرٍ كان فيه الاحتياطُ) وفي (د): ذكر الاحتياط بدل الاختلاط أيضًا، وانظر «التبيين» ٤/ ١٢.

(٢) أبو بكر، محمد بن الفضل، الكماري، الفضلي، الإمام الحنفي الكبير الجليل، تلمذ عليه كبار أئمتنا في ما وراء النهر، توفي رَحِمَهُ اللَّهُ سنة (٣٨١ هـ)، وانظر ترجمته في «الجواهر المضية» ٢/ ١٠٧.

ولو استثنى منها أرطالًا معلومةً: صَحَّ، كبَيع بُرٍّ في سُنبُله، وباقِلَاءَ في قِشره.

(ولو استثنى منها) أي من الثَّمَرةِ الْمَبيعةِ، سواءٌ كانَت مَجذوذةً أو غيرَ مَجذوذةٍ[1] (أرطالًا مَعلومةً: صَحَّ) البيعُ؛ لأن الْمَبيعَ مَعلومٌ بالإشارة، والْمُستَثنى مَعلومٌ بالعِبارة، وبه قالَت الثَّلاثةُ، ورَوى الحسنُ عن أبي حنيفة: أنه لا يجوزُ، وإليه ذَهَب الطَّحاويُّ؛ لأن الباقِيَ بعد استِثناءِ الْمَعلومِ مَجهولٌ، بخِلاف ما إذا استَثنى نخلًا مُعيَّنًا؛ لأن الباقِيَ مَعلومٌ بالْمُشاهَدةِ.

(كبَيع بُرٍّ) أي كما يصِحُّ بيعُ بُرٍّ (في سُنبُله، و) بيعُ (باقِلَاءَ في قِشره) لأنه مالٌ مُتقوَّمٌ مُنتفَعٌ به، فيجوزُ بيعُه، وقال الشّافعيُّ: لا يجوزُ؛ لأن الْمَعقودَ عليه مَستورٌ غائبٌ عن البَصَر، فلا يجوزُ، كبَيع بَذْر[2] البِطِّيخِ، وحَبِّ القُطنِ، واللَّبنِ في الضَّرعِ، والزَّيتِ في الزَّيتونِ قبل الاستِخراجِ، ولنا: ما قُلنا.

وعلى هذا الخِلافِ: الفُستُقُ، والبُنْدُقُ، والجَوزُ، والحِمِّصُ الأخضَرُ، وسائِرُ الحُبوبِ الْمُغلَّفةِ[3].

---

(١) في (ب) و(د) و(هـ): محدودة أو غير محدودة. قال الشلبي في موضع آخر قبل هذا ٤/ ١١: تجوز روايته بدالين مهملتين أو معجمتين، وكلاهما بمعنًى، وهو المقطوع، والأول هو الأولى من حيث اللفظ، لتناسب بينه وبين المحصود. اهـ إتقاني.

(٢) في (د): بزر.

(٣) قال الشلبي ٤/ ١٢: واعلم أن الوجه يقتضي ثبوت الخِيار للمشتري بعد الاستخراج في ذلك كله؛ لأنه لم يره. اهـ كمال.

وأُجرةُ الكَيّالِ: على البائِع، وأُجرةُ نَقدِ الثَّمَنِ ووَزنِه: على الْمُشتَري.

فإن قُلتَ: رَوى مُسلمٌ وأحمدُ وغيرُهما أنه عَلَيْهِ الصَّلَاةُ وَالسَّلَامُ نَهى عن بَيع النَّخلِ حتى يَزهوَ، وعن بَيع السُّنبُل حتى يَبيَضَّ ويَأمَن العاهةَ[1].

قُلتُ: الْمُرادُ به السَّلَمُ، يَعني: لا يجوزُ الإسلامُ فيه حتى يُوجَدَ بين النّاسِ؛ ألا تَرى ما رَواهُ البُخاريُّ ومسلمٌ عن النَّبيِّ صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ: «إذا مَنَع اللهُ الثَّمَرةَ فبِم تَستحِلُّ مالَ أخِيك؟!»[2]، فيكونُ حُجّةً لنا في اشتِراطِ وُجودِ الْمُسلَمِ فيه من حِين العَقدِ إلى حِين الْمَحِلِّ.

ولو أُجرِيَ على إطلاقِه كان حُجّةً لنا أيضًا في هذا الْمَوضِع؛ لأنه يَقتَضي جَوازَ بيعِه بعدما ابْيضَّ مُطلَقًا، من غَير قيدٍ بالفَرك[3]، ولو كان كما قالَه لقال: حتى يُفرَكَ.

(وأُجرةُ الكَيّالِ على البائِع) فيما إذا بِيعَ مُكايَلةً، وكذا أُجرةُ وزنِ الْمَبيعِ وذَرعِه وعَدِّه على البائِع؛ لأن هذه الأشياءَ من تَمام التَّسليمِ، وهو على البائِع، فكذا تَمامُه.

(وأُجرةُ نَقدِ الثَّمَنِ ووَزنِه) أي وزنِ الثَّمَنِ (على الْمُشتَري) لأن الوزنَ

---

(١) مسلم (١٥٣٥)، والإمام أحمد (٤٤٩٣).
قال في «النهاية» ٢/ ٣٢٣: يقال: زها النخل يزهو.. إذا ظهرت ثمرته، وأزهى يُزهي.. إذا اصفر واحمر، وقيل: هما بمعنى الاحمرار والاصفرار.

(٢) البخاري (٢٢٠٨)، ومسلم (١٥٥٥).

(٣) فَرَكَ الثوبَ والسنبل بيده.. من باب نصر، وأفرك السنبل: صار فريكًا، وهو حين يصلح أن يفرك فيؤكل. «مختار الصحاح» ص٢٣٨.

....

من تَمام التَّسليمِ، فيَجب عليه.

وكذا يَجِب عليه تَسليمُ الجَيِّد، فيكونُ أُجرةُ من يُميِّزُ ذلك عليه، وهذه رِوايةُ ابنِ سَماعةَ عن محمدٍ، وفي رِوايةِ ابنِ رُستُمَ عنه: (أُجرةُ نقدِ الثَّمَنِ على البائِع؛ لأن النَّقدَ يكونُ بعد التَّسليمِ والوزنِ، وعن محمدٍ: أن أُجرةَ النَّقدِ على رَبِّ الدَّينِ بعد القبضِ، وقبلَه[1] على الْمَدين[2].

وفي «الفَتاوى الصُّغرى»: اختَلَف الْمَشايِخُ في أُجرة النَّقد، قال بعضُهم: على البائِع، وقال بعضُهم: على الْمُشتَري، ثم قال: وبه أُفتِي[3]، ثم قال: وذَكَر القُدُوريُّ أنها على الْمُشتَري، إلا إذا قَبَض البائعُ الثَّمَنَ، ثم جاء يَردُّه بعَيبِ الزِّيافَة، ثم قال: واختارَ في «الواقِعات» أنها على الْمُشتري.

وفي «الخُلاصة»: لو اشتَرى حِنطةً مُكايَلةً فالكيلُ على البائِع، وصَبُّها في وِعاء الْمُشتَري على البائِع أيضًا، هو الْمُختارُ.

وفي «الْمُنتقى»: إخراجُ الطَّعامِ من السُّفُن على الْمُشتَري.

وفي «الخُلاصة»: ولو اشتَرى حِنطةً في سُنبُلها فعلى البائِع تَحصيلُها[4]

---

(١) في (ب): وبعده. وانظر «التبيين» ٤/ ١٤.

(٢) لأن على المدين إيفاء حقه، فتكون أجرة التميز، عليه وبعد القبض دخل في ضمان رب الدين، ويدعي أنه خلاف حقه، فيكون تميز حقه عليه. «التبيين» ٤/ ١٤.

(٣) في (ج) و(هـ): يفتى.

(٤) في (أ) و(هـ): تخليصها.

ومَن باع سِلعةً بثَمنٍ: سَلَّمَه أوَّلًا، وإلا معًا.

بالدَّوس والتَّذرِيةِ[1]، ودفعُها إلى الْمُشتَري، ثم قال: وهو الْمُختارُ.

وفيه أيضًا: رجلٌ اشتَرى عِنبًا جُزافًا فقَطْعُه على الْمُشتَري، وكذا كلُّ شيءٍ باعَه جُزافًا، كالثُّوم، والجَزَر، والبَصَل[2]، إذا خَلّى بينها[3] وبين الْمُشتَري، وكذا قَطعُ الثَّمَر على الْمُشتَري.

(ومَن باع سِلعةً بثَمنٍ: سَلَّمَه) أي سَلَّم الثَّمنَ (أوَّلًا) ليَتعيَّن حقُّ البائعِ فيه، وعند الشافعيِّ وأحمدَ: يُسلِّمُ الْمَبيعُ أوَّلًا (وإلا) أي وإن لم يكن بَيعَ سِلعةٍ بثمنٍ، بل كان بَيعَ ثمنٍ بثمنٍ، أو بَيعَ سِلعةٍ بسِلعةٍ: سَلَّما (معًا) لاستِوائها في التَّعيين وعدَمِه، فلم يَتعيَّن تَقديمُ أحَدِهما، واللهُ تَعالى أعلَمُ.

---

(1) الدياسة في الطعام: أن يوطأ بقوائم الدواب، أو يكرر عليه المدوس، يعني الجرجر، حتى يصير تبنًا. «المصباح» ١/ ٢٠٣. وذَرَّيتُ الطعام تذرية: إذا خلَّصتُه من تبنه. «المصباح» ١/ ٢٠٨.

(2) في (هـ): والبصل والبقل.

(3) في (ب) و(هـ): بينهما.

باب خِيارِ الشَّرطِ

هذا (بابٌ) في بَيان أحكامِ (خِيارِ الشَّرطِ) في البَيع

واعلَم أن الخِياراتِ ثَلاثةٌ: خِيارُ الشَّرط، وخِيارُ الرُّؤية، وخِيارُ العَيب، وهذا هو الْمَذكورُ في الْمُختصَرات، ولنا خِياران آخَران(١)، أحَدُهما: خِيارُ التَّعيينِ، وسيَجيء بَيانُه في الكِتاب، والآخَرُ: خِيارُ الغُرورِ والغَبْنِ..

قالُوا في الْمَغبون غَبنًا فاحِشًا: له أن يَرُدَّه على بائعِه بحُكم الغَبنِ، وقال أبو عليٍّ النَّسَفيُّ(٢): فيه رِوايتانِ عن أصحابِنا، ويُفتى بروايةِ الرَّدِّ؛ رِفقًا بالنّاس.

وكان صَدرُ الإسلامِ أبو اليُسرِ يُفتي بالرَّدِّ إذا قال للمُشتَري: قيمةُ مَتاعِي كذا، أو قال: مَتاعِي يُساوِي كذا، فاشتَرى بِناءً على ذلك، فظَهَر بخِلافِه:

---

(١) قال في «الدر المختار» ص٤٠١: ثم الخيارات بلغت سبعة عشر: الثلاثة المبوب لها -الشرط والرؤية والعيب-، وخيار تعيين، وغبن، ونقد، وكمية، واستحقاق، وتغرير فعلي، وكشف حال، وخيانة مرابحة، وتولية، وفوات وصف مرغوب فيه، وتفريق صفقة بهلاك بعض مبيع، وإجازة عقد الفضولي، وظهور المبيع مستأجرًا أو مرهونًا. «أشباه». انتهى.

(٢) أبو علي، الحسين بن الخضر بن محمد، الفقيه القشيديرجي القاضي، كان إمام عصره، من أصحاب الإمام أبي بكر محمد بن الفضل، اجتمع به ببخارى، وله أصحاب وتلامذة، توفي رَحِمَهُ ٱللَّهُ سنة (٤٢٤ هـ)، وانظر ترجمته في «الجواهر المضية» ١/ ٢١١.

صحَّ للمُتبايعَين، أو لأحَدِهما.
ثَلاثةَ أيّامٍ، أو أقلَّ، ولو أكثرَ: لا، فإن أجازَ في الثَّلاثِ: صَحَّ.

له الرَّدُّ بحُكم أنه غَرَّه، وإن لم يَقُل ذلك فليس له الرَّدُّ، وقِيل: لا يَرُدُّ كيفما كان، والصَّحيحُ أن يُفتى بالرَّدِّ إن غَرَّه، وإلا فلا.

(صحَّ) خِيارُ الشَّرطِ (للمُتبايعَين) كِلَيهما (أو لأحَدِهما) أي لأحَد الْمُتبايِعَين (ثَلاثةَ أيّامٍ أو أقلَّ) من ثَلاثة أيّامٍ، لقَوله عَلَيهِ الصَّلاةُ وَالسَّلامُ لحِبّانِ بنِ مُنقِذٍ الأنصاريِّ، وكان يُغبَن في البِياعات: «إذا بايَعْتَ فقُل: لا خِلابةَ[1]، ولي الخِيارُ ثَلاثةَ أيّامٍ»[2].

(ولو) شَرَطا (أكثرَ) من ثَلاثةِ أيّامٍ (لا) يصِحُّ عند أبي حنيفةَ، وبه قال زفرُ والشّافعيُّ ومالِكٌ؛ لأنه مُخالِفٌ لِمُقتضى العقدِ، ولكن جَوَّزنا في الثَّلاثةِ للحَديثِ الْمَذكورِ، فبَقِيَ ما وراءَه على ظاهِرِ القِياسِ.

وقالا: تجوزُ الزِّيادةُ إذا ذَكَر مُدّةً مَعلومةً، وبه قال أحمدُ؛ لأنه شُرِع نظَرًا للمُتعاقِدَين للاحتِراز عن الغَبن، وقد لا يَحصُل ذلك في الثَّلاثِ، فيكونُ مُفوَّضًا إليهما.

(فإن أجازَ) مَن له الخِيارُ العقدَ (في الثَّلاثِ) أي في ثَلاثةِ أيّامٍ بعدما كان شَرَط أكثرَ منها (صَحَّ) ذلك، وتمَّ العقدُ، وقال زفرُ والشّافعيُّ:

(١) لا خلابة: أي لا خديعة، كما في «النهاية» ٢/٥٨.
(٢) رواه دون ذكر الخيار: البخاري (٢١١٧)، ومسلم (١٥٣٣)، ومعه: ابن ماجه (٢٣٥٥)، والدارقطني (٣٠١١)، وانظر «نصب الراية» ٤/٦.

ولو باع على أنه إن لم يَنقُد الثَّمَنَ إلى ثَلاثةِ أيّامٍ فلا بَيع: صَحَّ، وإلى أربَعةٍ: لا، ....

انعَقَد فاسِدًا، فلا يَنقلِب جائِزًا، قُلنا: إنه إسقاطٌ للمُفسِد قبل تَقرُّرِه، فيجوزُ.

(ولو باع) شخصٌ شيئًا **(على أنه)** أي أن المُشتريَ **(إن لم يَنقُد الثَّمَنَ إلى ثَلاثةِ أيّامٍ فلا بَيع)** بينَنا **(صَحَّ)** البيعُ، وقال زفرُ: لا يصِحُّ؛ لأنه بَيعٌ شُرِطت فيه الإقالةُ الفاسِدةُ، فالصَّحيحةُ مما تُفسِده، فالفاسِدةُ أولى، وبه قال الثَّلاثةُ، ولنا: أن ابنَ عمرَ رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُمَا باع ناقةً بهذا الشَّرطِ، ولم يُنكِر عليه أحدٌ من الصَّحابة رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُمْ[1].

(و) لو باع على أنه إن لم يَنقُد الثَّمنَ **(إلى أربَعةٍ)** أيّامٍ **(لا)** يصِحُّ البيعُ عند أبي حنيفةَ؛ بِناءً على أصلِه، وعن أبي يوسفَ رِوايتان، والأصحُّ أنه يُوافِق الإمامَ، وعند محمدٍ: يجوزُ ذلك؛ بِناءً على أصلِه، ولكن أبو يوسفَ أجازَ في شرطِ الخِيارِ؛ عَملًا بالأثَر، وهو ما رُوِي عن ابنِ عمرَ أنه أجازَ الخِيارَ إلى شَهرَين[2]، وعَمِل في هذه المَسألةِ بالقِياس.

---

(١) ذكره غير واحد من فقهائنا، كالسرخسي في «المبسوط» ١٣/ ١٧، ولم أقف عليه في كتب الحديث الشريف.

(٢) قال في «نصب الراية» ٤/ ٨: غريب جدًّا. وذكره من فقهائنا الإمام الكاساني رَحِمَهُ اللَّهُ في «البدائع» ٥/ ١٧٤. وقال المصنف في «البناية» ٨/ ٥٠: هذا غريب جدًّا، والعجب من الأكمل أنه قال: ولهما حديث ابن عمر أن النبي صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ أجاز الخيار إلى شهرين، ونفس إسناده إلى ابن عمر لم يصح، فكيف يرفع إلى النبي صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ، وقال الإترازي: وقد روى أصحابنا في شروح «الجامع الصغير»: أن ابن عمر شرط =

فإن نَقد في الثَّلاث: صَحَّ.

وخِيارُ البائعِ يَمنعُ خُروجَ الْمَبيعِ عن مِلكه، ....

(فإن نَقد) الْمُشتَرِي الثَّمَنَ (في الثَّلاث) أي في ثَلاثة أيّام، فيما إذا شَرَطا أكثرَ من ثَلاثةِ أيّامٍ (صَحَّ) البيعُ؛ لأنه إسقاطٌ للمُفسِد قبل تَقرُّرِه، وقال زفرُ: انعَقَد فاسِدًا، فلا يَنقلِب جائِزًا، وبه قال الشّافعيُّ، وقَول الشّارحِ: (هذا بالإجماع): غيرُ صَحيحٍ.

ثم هذه الْمَسألةُ على وُجوهٍ: إما أن لا يُبيِّنا الوقتَ، أو بَيَّنا وقتًا مَجهولًا، بأن يقولَ: على أنه إن لم يَنقُده أيّامًا، أو بَيَّنا مَعلومًا، وهو أكثرُ من ثَلاثةِ أيّامٍ، فهو في هذه الصُّوَرِ كلِّها فاسِدٌ، إلا أن يَنقُدَ في الثَّلاث؛ لِما قُلنا، وإن بَيَّنا وقتًا مَعلومًا -وهو ثَلاثةُ أيّامٍ[1] أو دونَه-: فإنه يجوزُ.

(وخِيارُ البائعِ يَمنعُ خُروجَ الْمَبيعِ عن مِلكه) أي مِلك البائعِ؛ لأن تَمامَ البيعِ لا يكونُ إلا بالتَّراضِي، ولا يَتِمُّ الرِّضا مع الِخيارِ، وفائدةُ هذا: أنه إذا أعتَق عبدَه الْمَبيعَ بالِخيار يَعتِق، ويَملِك التَّصرُّفَ في الْمَبيع دون الْمُشتَري، وإن قَبَضه بإذنِ البائعِ، وعن الشّافعيِّ: أن الْمُشتَريَ يَملِكُه بالعَقد.

= الخيار شهرين، كذا ذكر فخر الإسلام، وقال العتابي: إن عبد الله بن عمر باع بشرط الخيار شهرًا، وقال في «المختلف»: روي عن ابن عمر أنه باع جاريةً وجعل للمشتري الخيار شهرًا، وكل هذا لم يثبت، واستدل الكاكي لهما بقوله عَلَيْهِ الصَّلَاةُ وَالسَّلَامُ: «المسلمون عند شروطهم».

(١) في (د): أو أكثر.

وبقَبضِ الْمُشتَرِي يَهلِكُ بالقِيمة.

وخِيارُ الْمُشتَري لا يَمنَع، ولا يَملِكُه، ....

(وبقَبضِ الْمُشتَري) الْمَبيعَ الذي فيه خِيارُ البائع إذا هَلَك في يدِه في مُدّة الخِيارِ (يَهلِكُ بالقِيمة) حتى يَلزَمُ الْمُشتَري قيمتَه يومَ القَبضِ إن كان من ذَوات القِيَم، وإلا فيَجِب ضَمانُ مِثلِه إن كان مِثليًّا، وعند الشّافعيِّ وأحمدَ: يَهلِك بالثَّمَن مُطلَقًا.

ولو هَلَك في يَد البائعِ انفَسَخ البيعُ، ولا شيءَ على الْمُشتَري، كما في البَيع الصَّحيحِ الْمُطلَقِ.

ولو تَعيَّب في يَد الْمُشتَري فللبائِع أن يُلزِمَه البيعَ إن شاء، وإن شاء فَسَخ البيعَ، وضَمَّنه النُّقصانَ، ولو تَعيَّب في يَد البائعِ فهو على خِياره، ولكن الْمُشتَري يَتخيَّر، إن شاء أخَذه بجَميع الثَّمَن، وإن شاء فَسَخ، كما في البَيع الْمُطلَق.

وإذا كان العيبُ بفِعل البائعِ يَنتقِضُ البيعُ فيه بقَدْره؛ لأن ما يَحدُث بفِعله يكونُ مَضمونًا عليه، وتسقُطُ حِصّتُه من الثَّمَن.

(وخِيارُ الْمُشتَري لا يَمنَع) خُروجَ الْمَبيعِ عن مِلك البائعِ (ولا يَملِكُه) الْمُشتَري عند أبي حنيفة، يَعني: لا يَدخُلُ في مِلكه، وعندَهما: يَدخُل؛ لأنه لو لم يَدخُل لكان زائِلًا لا إلى مالِكٍ، ولا نَظيرَ له في الشَّرع، وبه قالَت الثَّلاثةُ، وله: أن الخِيارَ شُرِع للتَّرَوِّي، فلو دَخَل في مِلكه يَلزمُ اجتِماعَ البَدَلَين في مِلكٍ واحدٍ؛ لأن الثَّمَنَ لم يَخرُج عن مِلكه، ولا نَظيرَ لهذا.

وبِقَبضِه يَهلِك بالثَّمَن، كتَعيُّبِه.

فلو اشتَرى زَوجتَه بالخِيار: بقِيَ النِّكاحُ، فإن وَطِئها: فله أن يَرُدَّها.

أما المملوكُ بلا مالِكٍ: فله نَظيرٌ، كالعَبد المُشتَرى لخِدمة الكَعبةِ -شرَّفَها اللهُ تَعالى- من بَيت المالِ[1]، وكذا التَّرِكةُ المُستغرَقةُ بالدَّين تَخرُج عن مِلك الميِّتِ، ولا تَدخُل في مِلك الوَرَثةِ.

(وبقَبْضِه) أي وبسَبَب قبضِ المُشتَري المَبيعَ الذي فيه خِيارُه إذا هَلَك في يَده (يَهلِك بالثَّمَن) يَعني: يَلزَمُه الثَّمَنُ؛ لأنه لما قَرُب إلى الهَلاك عَجَز عن رَدِّه، فلَزِم البيعُ، فعليه ثمَنُه، وعند الشافعيِّ في قولٍ: لَزِمته القِيمةُ؛ لأنه عَجَز عن الرَّدِّ قبل تَمامِ المِلكِ.

(كتَعيُّبِه) أي كما يَلزَمُه الثَّمنُ إذا دَخَله عَيبٌ لا يَرتفِع، كقَطع اليدِ، وإن كان يَرتفِع، كالمَرَض: فهو على خِياره، فإن ارتَفَع في المُدّة لا يَلزَمُه، وإلا لَزِمه، وعن الشافعيِّ أيضًا: تَلزَمُه القِيمةُ في التَّعيُّب أيضًا.

ثم ذَكَر مَسألةً من المَسائلِ التي تُبتَنى على الأصل المَذكور آنِفًا بالفاء بقَوله:

(فلو اشتَرى زَوجتَه) بأن كانت أمَةً لرجلٍ (بالخِيار: بقِيَ النِّكاحُ) لأن خِيارَ المُشتَري يَمنَع دُخولَ المَبيعِ في مِلكه.

(فإن وَطِئها) أي الأمةَ المَذكورةَ (فله أن يَرُدَّها) لأن الوطءَ بحُكم النِّكاحِ لا بحُكم مِلكِ اليَمينِ؛ إذ لا يَملِكها بهذا الشِّراءِ إلا إذا نَقَصها

[1] فإنهم يخرجون عن ملك ملاكهم، ولا يدخلون في ملك أحد، عند الشراء للكعبة. «التبيين» ٤/١٦.

....

الوطءُ؛ لأنها تَتعيَّبُ به، وليس له أن يَرُدَّها عليه بعدما تَعيَّبتْ عنده، وهذا عند أبي حنيفةَ، وعندهما: ليس له أن يَرُدَّها مُطلَقًا؛ لأن النِّكاحَ انفَسَخ بمِلكه إيّاها، فيكونُ الوطءُ بحُكم مِلكِ اليَمينِ، فيَمنَع الرَّدَّ، كما إذا اشتَرى غيرَ زَوجتِه فوَطِئها.

وقد ذكَرْنا في كِتابنا «الْمُستجمَع في شَرح الْمَجمَع» عشرَ مَسائِلَ مُفرَّعةً على الأَصل الْمَذكورِ، وجَمَعناها بقَولنا: (اسحَق عِزَّك فَخُم).

الألفُ: من الأَمة إذا اشتَراها بشَرط الخِيارِ، وكانت زَوجتَه، وهي التي ذَكرها الشَّيخُ.

السِّينُ: من الاستِبراء، إذا اشتَراها، وحاضَت في مُدّة الخِيارِ: لم تُحتسَب من الاستِبراء عنده، خِلافًا لهما.

الحاءُ: من الْمَحرَم، إذا اشترَى عبدًا أو جارِيةً، وكان ذا[1] رحِمٍ مَحرَمٍ منه: لم يَعتِق عليه، وخِيارُه باقٍ عنده، خِلافًا لهما.

القافُ: من القِربان، إذا اشتَراها وقَربها بعد الشِّراء وهي ثَيِّبٌ: لم يَصِر قابِضًا، فلا يَسقُط الخِيارُ، خِلافًا لهما.

العَينُ: من الوَديعة، إذا اشتَرى شيئًا، ثم أَودعَه عند البائعِ فهَلَك في يدِ البائع في مُدة الخِيارِ فهو من مالِ البائع عنده[2]، خِلافًا لهما.

---

(١) في (هـ): كانت ذا.

(٢) لارتفاع القبض بالرد؛ لعدم الملك، وعندهما: من مال المشتري؛ لصحة الإيداع باعتبار قيام الملك. ولو كان الخِيار للبائع، فسلم المبيع إلى المشتري، فأودعه =

....

الزّايُ: من الزَّوجة، إذا اشتَرى زَوجتَه، فوَلدَت في مُدّة الخِيارِ: لم تَصِر أُمَّ ولَدِه عنده، خِلافًا لهما.

الكافُ: من الكَسب، إذا اشتَرى عبدًا، فكَسِب عنده في مُدّة الخِيارِ: فالكَسبُ للبائع إذا فُسِخ البيعُ عنده، خِلافًا لهما.

الفاءُ: من الفَسخ، إذا اشتَرى جارِيةً بالخِيار، ثم فُسِخ البيعُ: لم يَجِب الاستِبراءُ على البائِع عنده، خِلافًا لهما.

الخاءُ: من الخَمر، إذا اشتَرى ذِمّيٌّ من ذِمّيٍّ آخرَ خمرًا، فأسلَم أحَدُهما: فهو للبائِع عنده، خِلافًا لهما.

الميمُ: من الْمَأذون، إذا اشتَرى العبدُ المأذونُ له شيئًا بالخِيار، ثم أبرأه البائعُ عن الثَّمن في الْمُدة، يكون خِيارُه باقيًا، فإن أجازَ البيعَ فالْمَبيعُ له بغَير ثمَنٍ، وإن فَسَخ عاد إلى البائِع بغَير ثمنٍ، وعندهما: بَطَل خِيارُه(١).

= البائع، فهلك عنده: بطل البيع عند الكل، ولو كان البيع باتًّا، فقبض المشتري المبيع بإذن البائع، أو بغير إذنه، ثم أودعه البائع فهلك: كان على المشتري اتفاقًا؛ لصحة الإيداع. «البحر» ٦/١٧.

(١) قال الحصكفي في «الدر المختار» ص٤٠٢: وزيد على ذلك مسائل منها:
التاء للتعليق كإن ملكته فهو حر، فشراه بخيار لم يعتق.
والثاء، واستدامة السكنى بإجارة أو إعارة ليس باختيار.
والصاد، وصيد شراه بخيار فأحرم: بطل البيع.
والدال: والزوائد الحادثة في المدة بعد الفسخ للبائع. =

ولو أجازَ مَن له الخِيارُ بغَيبة صاحِبِه: صَحَّ، ولو فَسَخ: لا.

وذَكَر الشّارحُ مَسائِلَ أخرى:

منها: إذا حَلَف بعَتقِ عبدٍ بأن قال: إن مَلَكتُ عبدًا فهو حرٌّ، فاشتَرى بالخِيار؛ لا يَعتِق عنده، خِلافًا لهما، بخِلاف ما إذا قال: إن اشترَيتُ.

ومنها: مُسلِمٌ اشتَرى من مُسلم عَصيرًا بشَرط الخِيارِ، فتَخمَّر العَصيرُ في الْمُدّة: فَسَد البيعُ عنده، خِلافًا لهما.

ومنها: حَلالٌ اشتَرى صَيدًا بشَرط الخِيار، فقَبَضه، ثم أَحرَم والصَّيدُ في يدِه: يَنتقِض البيعُ، ويَرُدُّه إلى البائِع عنده، وقالا: يَلزَم الْمُشتريَ، فلو كان الخِيارُ للبائِع يَنتقِض في قَولهم جَميعًا.

ومنها: لو اشتَرى دارًا هو ساكِنُها بإجارةٍ أو عاريّةٍ، فاستَدامَ السُّكنى بعد الشّراءِ: لا يكونُ اختيارًا عنده، خِلافًا لهما.

(**ولو أجازَ**) البيعَ (**مَن له الخِيارُ بغَيبة صاحِبِه**) وهو البائِعُ إن كان الخِيارُ للمُشتَري، والْمُشتَري إن كان الخِيارُ للبائِع (**صَحَّ**) ما أجازَه؛ لأنه إسقاطُ حقٍّ، فلا يُعتبَر حُضورُ مَن عليه الحقُّ، كالطَّلاق والعَتاقِ (**ولو فَسَخ**) البيعَ مَن له الخِيارُ بغَيبة صاحِبِه (**لا**) يصِحُّ عندهما.

= والراء: والعصير في بيع مسلمين لو تخمر في المدة فسد، خلافًا لهما.
فينبغي أن يرمز لها لفظ (تتصدر)، ويضم الرمز لـ«الرمز»، ولم أره لأحد فليحفظ. انتهى.
قال في «رد المختار» ٤/ ٥٨٠: فيصير المعنى: اسحق عزك: أي امحقه بتواضعك، وعظم الله تعالى في قلبك، فامتثل أمره ونهيه، وعظم الناس بإنزالهم منزلتهم، تصير صدرًا أي مقدمًا ومقربًا عند الله تعالى وعند الناس. انتهى.

وتمَّ العقدُ بـ: مَوتِه، ....

وعند أبي يوسف: يصِحُّ أيضًا؛ لأنه سَلَّطه على فَسخِه، حيث خَيَّره، وبه قالَت الثَّلاثةُ، ولهما: أنه تَصرَّف على صاحِبه بإدخال الثَّمَنِ أو الْمَبيعِ في مِلكه من غَير عِلمِه، فلا يجوزُ، كما في عَزل الوَكيلِ، فإن عَلِم جاز، وإلا فتَمَّ البيعُ.

ولو فَسَخ حالَ غَيبةِ صاحِبِه، وبَلَغه في الْمُدَة: صحّ، ولو مَضَت الْمُدّةُ قبل العِلمِ به تمَّ العقدُ ولَزِم، والحيلةُ فيه: أن يَأخُذَ منه وَكيلًا، حتى إذا بَدا له الفسخُ رَدَّه عليه، وقال بعضُهم: إنه لو رَفَع الأمرَ إلى الحاكِم، وأعلمَه بذلك، ونَصَب من يُخاصِم عنه: صحَّ الرَّدُّ عليه.

وذَكر الكَرْخِيُّ أن خِيارَ الرُّؤيةِ على هذا الخِلافِ، وفي خِيار العَيبِ: لا يصِحُّ فَسخُه بغَير عِلمِه بالإجماع؛ لأنه لا يَثبُت إلا بالقَضاء.

(وتمَّ العقدُ بمَوته) أي بمَوت مَن له الخِيارُ، ولا يَنتقِل إلى الوَرَثة، وقال الشّافعيُّ: يُورَث عنه؛ لأنه حقٌّ لازِمٌ له في البَيع، فيَجري فيه الإرثُ، كخِيار العَيب، وبه قال مالِكٌ.

ولنا: أن الغرَضَ منه التَّأمُّلُ لغَرَض نفسِه[١]، وقد بَطَلت أهليّةُ التَّأمُّلِ له، بخِلاف خِيارِ العَيبِ؛ لأن الْمُوَرِّثَ استَحقَّ الْمَبيعَ سَليمًا، فكذا الوارِثُ، لا[٢] لأنه وَرِث خِيارَه.

---

(١) في (ب): بنفسه.

(٢) سقطت من (ب). وانظر «مجمع الأنهر» ٢/ ٢٩.

ومُضِيِّ الْمُدّةِ، والإعتاقِ، وتَوابِعِه، والأخذِ بشُفعةٍ.

(و) تمَّ أيضًا مع (**مُضِيِّ الْمُدّةِ**) أي مُدّةِ الخِيارِ؛ لأن عدَمَ النَّفاذِ كان لتَمكُّنه من الفَسخ في الْمُدّة، فإذا مَضَت ارتَفَع المانِعُ، فتَمَّ العقدُ.

(و) تمَّ أيضًا مع (**الإعتاقِ**)، بأن أَعتَق العبدَ؛ لأنه دَليلُ الاستِيفاءِ[1]، لأنه يَعتمِد الْمِلكَ (و) كذا يَتِمُّ مع (**تَوابِعِه**) أي مع تَوابِعِ الإعتاقِ، كالتَّدبير والكِتابةِ.

وكذلك كلُّ تَصرُّفٍ لا يَحِلُّ إلا في الْمِلك، كالوطءِ، والتَّقبيلِ، واللَّمسِ بشَهوةٍ: يَتِمُّ به البيعُ، وكذا كلُّ تَصرُّفٍ لا يَنفُذ إلا في الْمِلك، كالبَيع والإجارةِ.

وهذا كلُّه إذا كان الخِيارُ للمُشتَري، ووُجِد منه شيءٌ من هذه الأشياءِ، وإن كان الخِيارُ للبائِع، وفَعَل شيئًا من هذه الأشياءِ: انفَسَخ البيعُ، ولو كان الفِعلُ يَحِلُّ في غَير الْمِلك لا يَتِمُّ به البيعُ، كالاستِخدام والرُّكوبِ ونحوِ ذلك؛ لأنه يُفعَل للامتِحان والتَّجرِبةِ، فلا يكونُ دَليلَ الاستبقاء[2].

(و) كذا يَتِمُّ مع (**الأخذِ بشُفعةٍ**) وصورتُه: أن يَشترِيَ دارًا بشَرط الخِيارِ، ثم تُباعَ دارٌ أُخرى بِجَنبِها، فيَأخذَها الْمُشتَري بشَرط الخِيارِ بالشُّفعة: تمَّ البيعُ؛ لأن الأخذَ بها لا يكونُ إلا بالْمِلك، فكان دَليلَ الإجازةِ.

---

(١) في (أ): الاستبقاء.

(٢) في سوى (ب): الاستيفاء. وانظر «التبيين» ٤/ ١٩.

ولو شَرَط المشتري الخِيارَ لغَيره: صَحَّ، وأيٌّ أجازَ أو نَقَض: صَحَّ، فإن أجازَ أحَدُهما ونَقَض الآخَرُ: فالأسبقُ أحَقُّ، وإن كانا معًا: فالفَسْخُ.

(ولو شَرَط المشترِي الخِيارَ لغَيره) أي لغَير العاقدِ (صَحَّ) الشَّرطُ عندنا، وقال زفرُ: لا يجوزُ؛ لأنه من أحكامِ العقدِ، فيَختصُّ بالعاقِد، وبه قال الشّافعيُّ في قولٍ، ولنا: أن تَصرُّفاتِ العاقلِ تُصانُ عن اللَّغو مهما أمكَن، وقد أمكَن أن يُجعَلَ لغَيره نِيابةً عن نَفسه بطَريق الاقتِضاءِ، فيَثبُت له أوَّلًا، ثم يَنوبُه الغيرُ فيه.

(وأيّ) مَن كان مِن الْمُشتَري وممن شُرِط له الخِيارُ (أجازَ) البيعَ (أو نَقَض) البيعَ (صَحَّ) لأن كُلًّا منهما يَملِك التَّصرُّفَ أصالةً أو نِيابةً (فإن أجازَ) البيعَ (أحَدُهما) أي أحدُ الاثنَين، وهما مَن شَرَط الخِيارَ له مِن الْمُتعاقِدَين والغيرِ، وهو الأجنَبيُّ (ونَقَض) البيعَ (الآخَرُ: فالأسبقُ) منهما (أحَقُّ) لوُجودِه في زَمانٍ لا يُزاحِمه فيه أحدٌ، وتَصرُّفُ الآخَرِ بعده لَغوٌ.

(وإن كانا) أي اللَّفظانِ الْمَذكورانِ، وهما الإجازةُ والفَسخُ (معًا) أي مُجتمِعَين، بأن[1] أجازَ أحَدُهما، وفَسَخ الآخَرُ، وخَرَج الكَلامان معًا (فالفَسْخُ) أحَقُّ من الإجازة[2] من أيِّهما كان، وهو رِوايةٌ عن أبي يوسف، وعن محمدٍ: تَصرُّفُ العاقدِ أولى؛ لقُوَّته.

---

(١) في (ب) و(ج): فإن.

(٢) في (ب) و(د) و(هـ): الإجارة.

ولو باع عَبدَين على أنه بالخِيار في أحَدهما، إن فَصَّل وعَيَّن: صَحَّ، وإلا لا.

وصَحَّ خِيارُ التَّعيينِ ....

(**ولو باع**) شخصٌ (**عَبدَين على أنه بالخِيار في أحَدهما**) أي في أحَد العَبدَين (**إن فَصَّل**) ثمنَ كلٍّ واحِدٍ منهما (**وعَيَّن**) الذي فيه الخِيارُ (**صَحَّ**) البيعُ؛ لأن الذي فيه الخِيارُ كالخارج عن العَقد[1]، فكان الدَّاخِلُ فيه غيرَه، فما[2] لم يكن ذلك الدّاخِلُ مَعلومًا، وثمَنُه مَعلومًا: لا يجوزُ؛ إذ جَهالةُ الْمَبيعِ والثَّمنِ مُفسِدٌ للبَيع، ولن يَكونا مَعلومَين إلا بالتَّفصيل والتَّعيينِ.

(**وإلا**) أي وإن لم يُفصِّل الثَّمَنَ، ولم يُعيِّن الذي فيه الخِيارُ (**لا**) يصِحُّ البيعُ؛ للجَهالة، وكذا لو عَيَّن الثَّمَنَ، ولم يُبيِّن الآخَرُ، أو بالعَكس: لا يصِحُّ؛ إما لجَهالةِ الثَّمن، أو لجَهالةِ الْمَبيعِ، فهذه أربَعةُ أنواعٍ.

ولو اشتَرى كَيلِيًّا، أو وَزنيًّا، أو عبدًا واحِدًا على أنه بالخِيار في نِصفِه: جاز، فَصَّل الثَّمَنَ أوْ لا؛ لأن النِّصفَ مِن الشَّيءِ الواحِدِ لا يَتفاوَت، ولا فرقَ بين أن يكونَ الخِيارُ للبائِع أو للمُشتَري.

(**وصَحَّ خِيارُ التَّعيينِ**) للمُشتَري، بأن يَبيعَ أحدَ العَبدَين أو أحدَ الثَّوبَين، على أن يَأخُذَ الْمُشتَري أيَّهما شاء بتَعيينِه، أو يَبيعَ أحدَ الأعبُدِ الثَّلاثةِ،

---

(١) إذ العقد مع الخِيار لا ينعقد في حق الحكم. «التبيين» ٤/ ٢٠.

(٢) في (ب) و(ج): كما. وانظر «التبيين» ٤/ ٢٠.

يما دون الأربَعةِ.

أو أحدَ الأثوابِ الثَّلاثةِ، على أن يَأخُذَ الْمُشتَري واحِدًا منها بتَعيينِه، ولا يجوزُ ذلك في الأربَعة من العَبيد أو الثِّيابِ أو نحوِهما، فلذلك قَيَّد بقوله:

(فيما دون الأربَعةِ) وهي الثَّلاثةُ أو الاثنانِ كما قُلنا.

وهذا في مَعنى خِيارِ الشَّرطِ، والجَهالةُ التي فيه لا تُفضي إلى الْمُنازعةِ؛ لتَعيُّن مَن له الخِيارُ، فلا يَمنَع الجَوازَ، غيرَ أن الحاجةَ تَندفِع بالثَّلاثة أو الاثنَين؛ لوُجود الجَيِّد والوَسَط والرَّديء، فلا حاجةَ إلى الأربَعة، حتى لو باع أحدَ الأثوابِ الأربَعةِ على أن يَأخُذَ واحِدًا منها: لا يجوزُ، وهو القِياسُ أيضًا فيما دون الأربَعةِ، ولكن جَوَّزنا فيما دون الأربَعةِ؛ لِما ذَكرْنا، وقال زفرُ والشّافعيُّ: لا يجوزُ في الكلِّ؛ لجَهالة الْمَبيعِ.

ثم قِيل: يُشترَط أن يكونَ في هذا العقدِ خِيارُ الشَّرطِ مع خِيارِ التَّعيينِ، وهو الْمَذكورُ في «الجامِع الصَّغيرِ»، قال شمسُ الأئِمّة: هو الصَّحيحُ، وقِيل: لا يُشترَط، وهو الْمَذكورُ في «الجامِع الكَبيرِ»، قال فخرُ الإسلامِ: هو الصَّحيحُ، فعلى قولِ هذا القائِلِ: إذا لم يُشترَط خِيارُ الشَّرطِ يَلزَم العقدُ في أحَدهما، حتى لا يَرُدُّ إلا أحَدُهما، وعلى[1] قولِ الكَرْخِيِّ: له أن لا يَرُدَّهما؛ لأن هذا الخِيارَ عنده بمَنزلة خِيارِ الشَّرطِ.

---

(١) في (ب): وفي قول.

....

وإن شَرَطا خِيارَ الشَّرطِ مع خِيارِ التَّعيينِ: جاز، فإن رَدَّهما بخِيارِ الشَّرطِ في الْمُدّة، أو رَدَّ أحَدُهما بخِيارِ التَّعيينِ: كان له ذلك.

وإذا مَضَت الْمُدّةُ بَطَل خِيارُ الشَّرطِ، فلا يُمكِن رَدُّهما جَميعًا، ويَبقى له خِيارُ التَّعيينِ، فيَرُدُّ أحَدُهما.

وإن مات الْمُشتَري في مُدّة الخِيارِ يَبطُل خِيارُ الشَّرطِ، ويَبقى خِيارُ التَّعيينِ للوارِث، فلا يكونُ له إلا ردُّ أحَدِهما.

ولو شُرِط خِيارُ التَّعيينِ للبائِع: اختَلَف الْمَشايخُ فيه، فذَكَر الكَرْخِيُّ في «مُختصرِه»: أنه يجوزُ استِحسانًا، وذَكَر في «الْمُجَرَّد»: أنه لا يجوزُ[1]؛ لأنه جُوِّز للمُشتري للحاجة مُخالِفًا للقِياس، ولا حاجةَ إليه للبائِع.

وإذا كان خِيارُ التَّعيينِ للمُشتَري، وقَبَضهما، فهَلَك أحَدُهما، أو تَعيَّب: لَزِمه البيعُ فيه بثَمَنه؛ لامتِناع الرَّدِّ بالعَيب، وتَعيَّن الآخَرُ للأمانة؛ لأن الدّاخِلَ تحتَ العقدِ أحَدُهما، والذي لم يَدخُل في العَقد قبضَه بإذن مالِكِه لا على سَوم الشِّراءِ، ولا بطَريق الوَثيقةِ، فكان أمانةً في يَده.

هذا إذا هَلَك أحَدُهما قَبل الآخَرِ، وإن هَلَكا معًا يَلزَمُه نِصفُ ثمَنِ كلِّ واحِدٍ منهما؛ لشُيوع البَيعِ والأمانةِ فيهما، لعَدَم الأولَويّةِ بجَعل أحَدِهما مَبيعًا أو أمانةً، ولا فرقَ بين أن يكونَ الثَّمنُ مُتَّفِقًا أو مُختلِفًا.

---

(1) في (هـ): أنه يجوز. وانظر «التبيين» ٤/ ٢٢، و«المحيط» ٦/ ٥١٤.

ولو اشتَريا على أنهما بالخِيار، فرَضِيَ أحَدُهما: لا يَرُدُّه الآخَرُ.

ولو اشتَرى عبدًا على أنه خبَّازٌ أو كاتبٌ، فكان بخِلافه: أَخَذه بكلِّ الثَّمَن أو تَرَك.

وكذا لو هَلَكا على التَّعاقُب، ولا يُدرى الأوَّلُ منهما: يَجِب نِصفُ ثمَنِ كلِّ واحِدٍ منهما؛ لما قُلنا، بخِلاف ما إذا تَعيَّنا ولم يَهلِكا؛ حيث يَبقى خِيارُه على حالِه، وله أن يَرُدَّ أحَدَهما؛ لأنهما[1] مَحَلٌّ لابتِداءِ البَيعِ، فكذا للتَّعيين، بخِلاف الهالِكِ، ولكن ليس له أن يَرُدَّهما، وإن كان فيه خِيارُ الشَّرطِ له؛ لأن العَيبَ يَمنَع من الرَّدِّ بخِيار[2] الشَّرطِ.

(ولو اشتَريا) أي ولو اشتَرى اثنانِ **(على أنهما بالخِيار، فرَضِيَ أحَدُهما)** بالبَيع، بأن أسقَط خِيارَه **(لا يَرُدُّه الآخَرُ)** عند أبي حنيفةَ، وقالا: له أن يَرُدَّه؛ لأنه لو لم يَملِك فسْخَه كان إلزامًا عليه لا بِرضاه، وفيه إبطالٌ لما ثَبَت من حَقِّه، لأن كُلًّا من الإجازةِ والفسخِ حقُّه، وبه قالَت الثَّلاثةُ، وله: أنَّ رَدَّ أحَدِهما دون الآخَر يُوجِب عَيبًا في الْمَبيع لم يكن عند البائعِ، أعني: عَيبَ الشَّرْكةِ، وعلى هذا الخِلافِ: خِيارُ الرُّؤيةِ وخِيارُ العَيبِ.

(ولو اشتَرى) رجلٌ **(عبدًا على أنه)** أي أن العبدَ **(خبَّازٌ أو كاتبٌ، فكان)** أي العبدُ **(بخِلافه)** أي بخِلاف ما ذَكَره، بأن كان غيرَ خبَّازٍ أو غيرَ كاتِبٍ **(أَخَذه بكلِّ الثَّمَن)** الْمُسمَّى إن شاء **(أو تَرَك)** لفَوات الوصفِ الْمَرغوبِ فيه.

---

(١) في (ب): لأنه.

(٢) في (ب): بخلاف. وانظر «التبيين» ٤/ ٢٢.

بخِلاف ما لو باع شاةً على أنها حامِلٌ، أو تَحلِب كذا وكذا رَطلًا؛ حيث يَفسُد البيعُ؛ لأنه ليس من قَبيل الوَصفِ، وإنما هو من قَبيل الشَّرطِ الفاسدِ؛ إذ لا يُعرَف ذلك حَقيقةً؛ لأنه يَحتمِل أنه لبنٌ، أو حَمْلٌ، أو انتِفاخٌ، حتى لو شَرَط أنها حَلوبٌ أو لَبونٌ: لا يَفسُد؛ لأنه وَصفٌ، ولو قال: يَخبِز كذا وكذا صاعًا، أو يَكتُب كذا قدْرًا: يَفسُد؛ لما ذكَرْنا.

وشَرطُه: أن يَقدِرَ على الكِتابة والخَبْزِ قَدْرَ ما يُطلَقُ عليه اسمُ الكاتِبِ والخَبّازِ، وإن كان لا يُحسِن هذا الْمِقدارَ فله الخِيارُ.

وإن قال البائعُ عند الرَّدِّ: (كان يُحسِن ذلك، لكنه نَسِيَ عندك): فالقولُ قولُ الْمُشتَري.

وعلى هذا: لو اشتَرى جارِيةً على أنها طبَّاخةٌ[1] أو نحوُه.. في جَميع ما ذكَرْنا من الأحكامِ، والله أعلمُ.

(١) في (ج): خياطة.

﴿ باب خِيارِ الرُّؤيةِ ﴾

شِراءُ ما لم يَرَهُ: جائِزٌ، ....

هذا (باب) في بَيانِ أحكامِ (خِيارِ الرُّؤيةِ)

(شِراءُ ما لم يَرَهُ جائِزٌ) وقال الشّافعيُّ: لا يجوزُ؛ لجَهالة الْمَبيعِ، ولنا: قولُه عَلَيْهِ الصَّلَاةُ وَالسَّلَامُ: «مَن اشتَرى شيئًا لم يَره فله الخِيارُ إذا رَآه»، رَواه الدّارَقُطنيُّ(١).

وعند مالِكٍ وأحمدَ: يصِحُّ بيعُه بالصِّفة، ويَثبُت له الخِيارُ إذا لم يكن بهذه الصِّفةِ، وهو قولُ الشّافعيِّ في القَديم.

فإن قُلتَ: في إسناد هذا الحَديثِ عمرُ بنُ إبراهيمَ الكُرديُّ(٢)، قال الدّارَقُطنيُّ: يَضعُ الحَديثَ، وإنما هو مَوقوفٌ على ابنِ سيرينَ(٣).

---

(١) رواه الدارقطني (٢٨٠٥)، والبيهقي (١٠٤٢٦)، ورواه ابن أبي شيبة (١٩٩٧٤) من كلام الحسن البصري، وانظر «نصب الراية» ٤/ ٩، و«الدراية» ٢/ ١٤٨.

(٢) عمر بن إبراهيم بن خالد، الكردي، الهاشمي مولاهم، قال الدارقطني: كذاب خبيث، وقال الخطيب: غير ثقة، وقال ابن عقدة: ضعيف، وقال الخطيب: يروي المناكير عن الأثبات، ولم يعرفه ابن القطان فقال: مجهول. «لسان الميزان» ٦/ ٦١.

(٣) ورد عن ابن سيرين عكس هذا، فقد روى عبد الرزاق (١٤٢٣٧) عن أيوب عن ابن سيرين قال: إذا ابتاع رجل منك شيئًا على صفة، فلم تخالف ما وصفت له: فقد وجب عليه البيع. قال أيوب: وقال الحسن: هو بالخيار إذا رآه.
وروى عبد الرزاق بعد هذا: عن أيوب عن ابن سيرين قال: شهدت شريحًا وجاءه رجلان، فقال أحدهما: إن هذا باعني مثل هذا الثوب بكذا وكذا، فجاءني به، =

....

قلتُ: رَواه النُّعمانُ بنُ بَشيرٍ عن النَّبيِّ صَلَّى اللهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ[1]، واحتَجَّ به الطَّحاوِيُّ[2]، ورَواه محمدٌ في كِتابِ الْمُزارَعةِ عن مُجاهِدٍ[3]، وطَريقُ الطَّعن فيه من حيثُ الإرسالُ، ....

= وإنما اشتريت منه مثله، ولم أشتره منه، فقال شريح: وهل تجد شيئًا أشبه به منه؟ فأجازه عليه.

وروى أيضًا بعده: عن أيوب عن ابن سيرين قال: مرت غنم على رجل فقال: لمن هذه؟ قالوا: لفلان اشتراها من فلان، فأتاه فقال: بعني غنمك التي اشتريت من فلان، قال: نعم، فباعها منه، فخاصمه إلى شريح بعد ذلك، فقال: إني رأيت غنمًا سمانًا عظامًا، قال الآخر: لا أدري ما يقول هذا، ولكنه اشترى مني غنمي التي اشتريت من فلان، فقال شريح: لك غنم فلان التي اشتريت من فلان.

وروى ابن أبي شيبة (١٩٩٧٥) عن يونس وابن عون، عن ابن سيرين قال: إذا وجده كما وصف له فهو جائز، ولا خيار له.

(١) لم أقف عليه.

(٢) روى الطحاوي في «شرح معاني الآثار» (٥٥٠٧) عن علقمة بن وقاص الليثي قال: اشترى طلحة بن عبيد الله من عثمان بن عفان مالًا، فقيل لعثمان: إنك قد غبنت، وكان المال بالكوفة وهو مال آل طلحة الآن بها، فقال عثمان: لي الخيار؛ لأني بعت ما لم أر، فقال طلحة: لي الخيار؛ لأني اشتريت ما لم أر، فحكّما بينهما جبير بن مطعم، فقضى أن الخيار لطلحة، ولا خيار لعثمان.

قال الطحاوي: والآثار في ذلك قد جاءت متواترة، وإن كان أكثرها منقطعًا، فإنه منقطع لم يضاده متصل، وفي هذا أيضًا حجة أخرى وهي أن النبي صَلَّى اللهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ جعل في حديث أبي هريرة -المذكور قبل هذا- للمتلقي البائع الخيار، فيما باع إذا دخل الأسواق وعلم بالأسعار. فأردنا أن ننظر هل ضاد ذلك شيء أم لا؟ فاعتبرنا ذلك.

(٣) لم أقف عليه.

ولَه أن يَرُدَّه إذا رَآه، وإن رَضِي قبلَه.

والمُرسَلُ حُجَّةٌ عندنا[1].

فإن قُلتَ: رُوِي أن حَكيمَ بنَ حِزامٍ قال: يا رَسولَ الله! يَأتيني الرَّجُلُ فيَسألُني عن بَيعٍ ما ليس عندي، فأبيعُه منه، ثم أبتاعُه من السُّوق، فقال: «لا تَبِع ما ليس عندك»، رَواه البُخاريُّ وأبُو داوُدُ[2].

قُلتُ: كان حَكيمٌ يَبيعُ ما لا يَملِكه، ثم يَدخُل في السُّوق فيَشتريه ويُسلِّم، فنَهاه النَّبيُّ ﷺ، ومَعناه: لا تَبِع ما ليس عندك في مِلكِك.

(وله) أي للمُشتَري (أن يَرُدَّه) أي أن يَرُدَّ الشَّيءَ الذي اشتَراهُ ولم يَره (إذا رَآه) لما روَيْنا، وقولُه: (وإن رَضِي) واصِلٌ بما قبلَه، يَعني: له الخِيارُ إذا رَآه وإن كان رَضِي (قبلَه) أي قَبل أن يَراه؛ لأن الخِيارَ مُعلَّقٌ بالرُّؤية على ما روَيْنا.

---

(١) قال المصنف في «البناية» ٨/ ٨٣: والحديث الذي رواه العلماء الكبار إذا كان في طريق منها لا يترك، مع أن الطعن المبهم لا يقبل، وعمل بهذا الحديث كثير من العلماء، مثل مالك وأحمد وغيرهما، وفي «نوادر الفقهاء» لابن بنت نعيم: أجمع الصحابة رضوان الله عليهم على جواز بيع الغائب المقدور على تسليمه، وأن لمشتريه خيار الرؤية إذا رآه.

(٢) أبو داود (٣٥٠٣)، وروى البخاري (٢١٣٥) باب بيع الطعام قبل أن يُقبض، وبيع ما ليس عندك: عن طاووسٍ قال: سمعت ابن عباس رضي الله عنهما، يقول: أمّا الذي نهى عنه النبي ﷺ فهو الطعام أن يُباع حتى يقبض، قال ابن عباس: ولا أحسب كل شيء إلا مثله.
وروى حديث أبي داود أيضًا: الترمذي (١٢٣٢)، والنسائي (٤٦١٣)، وابن ماجه (٢١٨٧).

ولا خِيارَ لمن باع ما لم يَرَه.

ويَبطُل بما يَبطُل به خِيارُ الشَّرطِ.

(ولا خِيارَ لمن باع ما لم يَرَه) وهو قولُ أبي حنيفةَ آخِرًا؛ لأن عُثمانَ بنَ عفّانَ رَضِيَ اللهُ عَنْهُ باع أرضًا بالبَصرة من طَلحةَ بنِ عُبيدِ اللهِ رَضِيَ اللهُ عَنْهُ، فقِيل لطَلحةَ: إنك قد غُبِنتَ، فقال: لي الخِيارُ؛ لأني اشترَيتُ ما لم أرَه، وقِيل لعُثمانَ رَضِيَ اللهُ عَنْهُ: إنك غُبِنتَ، فقال: لي الخِيارُ؛ لأني بِعتُ ما لم أره، فحَكَّما بينهما جُبيرَ بنَ مُطعِمٍ، فقَضى بالخِيار لطَلحةَ، وكان ذلك بمَحضرٍ من الصَّحابة رَضِيَ اللهُ عَنْهُم[1]، وكان قولُه الأوَّلُ أنه له الخِيارُ، ثم رَجَع.

وقال الشّافعيُّ: لا يجوزُ بيعُ ما لم يَره أصلًا قولًا واحِدًا.

(ويَبطُل) خِيارُ الرُّؤيةِ (بما يَبطُل به خِيارُ الشَّرطِ) من التَّصريح والدَّلالةِ، ومُرادُه: بعدَ الرُّؤية، وأما قبلَها: فلا يَسقُط وإن صَرَّح به إلا في ضِمن بعضِ التَّصرُّفاتِ؛ لتَعذُّر الفَسخِ على ما تَبيَّن، وقِيل: إذا رَآه وتَمكَّن من الفَسخ: سَقَط خِيارُه، ولَزِم البيعُ، وإن لم تُوجَد منه الإجازةُ صَريحًا ولا دَلالةً.

والصَّحيحُ أنه مُطلَقٌ غيرُ مُؤقَّتٍ بالزَّمان، فيكونُ له الفَسخُ في جَميع عُمُره ما لم يُسقِطه بالقَول، أو بفِعلٍ يَدُلُّ على الرِّضا به، أو التَّعييبِ، أو تَصرُّفٍ لا يُمكِن رفعُه، كالإعتاق والتَّدبيرِ، أو يُوجِب حقًّا للغَير، كالبَيع الْمُطلَقِ، والرَّهنِ، والإجارةِ؛ لوُجود الرِّضا منه صَريحًا أو دَلالةً.

---

(١) تقدم الكلام عنه في هذه الحاشية من رواية الطحاوي (٥٥٠٧)، ورواه أيضًا البيهقي (١٠٤٢٤).

وكَفَت رُؤيةُ وَجهِ الصُّبرةِ، والرَّقيقِ، والدّابّةِ، وكَفَلِها، وظاهِرِ الثَّوبِ مَطوِيًّا، وداخِلِ الدّارِ.

وكذا لو كانَت هذه التَّصرفاتُ قبل الرُّؤيةِ: يَسقُط بها الخِيارُ؛ لتَعذُّر الفَسخِ، وإن كان تَصرُّفًا لا يُوجِب حقًّا للغَير، كالبَيع بشَرط الخِيارِ، والمُساوَمةِ، والهِبةِ من غَير تَسليم: لا يُبطِله قبل الرُّؤيةِ، ويُبطِله بعدها، وكذا إذا قَبَضه بعدها بَطَل خِيارُه؛ لأنه يَدُلُّ على الرِّضا، ولو كان البيعُ بشَرط الخِيارِ للمُشتَري فهو كالمُطلَق، حتى يَسقُط به الخِيارُ قبل الرُّؤيةِ.

ولو اشتَرى أرضًا، فأَذِن للأكّار أن يَزرَعَها قبل الرُّؤيةِ، فزَرَعها: بَطَل؛ لأن فِعلَه بأمره كفِعله[1].

(وكَفَت رُؤيةُ وَجهِ الصُّبرةِ، و) وجهِ (الرَّقيقِ، و) وجهِ (الدّابّةِ، وكَفَلِها[2]، و) رُؤيةُ (ظاهِرِ الثَّوبِ) حالَ كونِه (مَطوِيًّا، و) كَفَت أيضًا رُؤيةُ (داخِلِ الدّارِ) لأن رُؤيةَ ما يُستدَلُّ به على المَقصود تَكفي، لتَعسُّر رُؤيةِ الجَميعِ.

وإنما ذَكَر الكَفَلَ في الدّابّة: لأنه إذا رَأى وجهَها فقط لا يَسقُط خِيارُه؛ لأن المُؤخِرَ مَوضِعٌ مَقصودٌ فيها، بخِلاف الرَّقيقِ، وهو قولُ أبي يوسف، وقال محمدٌ: لا خِيارَ له؛ لأن الأصلَ في الحَيَوان الوجهُ، فيُكتَفى برُؤيته، كالعَبد.

---

(١) في (د): كلفظه. وانظر «التبيين» ٤/ ٢٦.

(٢) الكَفَل بفتحتين: العجز. «المصباح» ٢/ ٥٣٦.

ونَظرُ وَكيلِه بالقَبض كنَظرِه، لا نظرُ رَسولِه.

وفي الثَّوب الْمَطويّ خِلافُ زفرَ، هو يَقولُ: لا بُدَّ من نَشرِه كلِّه، قُلنا[1]: قَلَّما تَتفاوَتُ جَوانِبُ ثوبٍ واحِدٍ، فيُمكِن الاستِدلالُ بالبَعض على البَعض، إلا أن يكونَ في باطِنِ الثَّوبِ ما يُقصَد بالنَّظر، كمَوضِع العَلَم[2]، ووجهِ العِمامةِ، ونحوِه، فحينَئذٍ لا يَسقُط خِيارُه بدون النَّشرِ.

وجَعَل الشَّيخُ رُؤيةَ داخِلِ الدّارِ كرُؤية كلِّها، وعامّةُ الرِّواياتِ: إذا رَأى صَحنَ الدّارِ يَسقُط خِيارُه، وقال زفرُ: لا بُدَّ من رُؤية داخِلِ البُيوتِ، وهو الأصحُّ؛ لأن مَرافِقَها تَختلِفُ، فلا بُدَّ من رُؤيةِ ذلك كلِّه، وما ذَكرَه الشيخُ مَبنيٌّ على عادةِ أهلِ الكوفةِ، فإن في ذلك الزَّمانِ دُورَهم كانَت على تَقطيعٍ واحِدٍ، وأما اليومَ فبخِلافِه، فلا يُكتفى به.

(ونَظرُ وَكيلِه) أي وَكيلِ الْمُشتَري (بالقَبض) أي بقَبض الْمَبيعِ الذي اشتَراه ولم يَرَه (كنَظرِه) أي كنَظَر الْمُشتَري الْموكِّلِ عند أبي حنيفةَ؛ لأن تَمامَ القَبضِ بالرُّؤيةِ، وقد وُجِدت، وقالا: لا بُدَّ من نَظَره هو؛ لأن الوَكيلَ مَأمورٌ بالقَبض دون الرُّؤيةِ، وبه قالَت الثَّلاثةُ.

(لا) يكونُ (نظرُ رَسولِه) كنَظَره بالاتِّفاق؛ لأنه لا يَملِك شيئًا، وإنما إليه تَبليغُ الرِّسالةِ، ولهذا لا يَملِك القبضَ والتَّسليمَ إذا كان رَسولًا في الشِّراء أو البيعِ.

---

(١) في (ب): ولنا قلما.

(٢) أعلمت الثوب: جعلت له علمًا، من طراز وغيره، وهي العلامة، وجمع العلم أعلام، مثل سبب وأسباب، وجمع العلامة علامات. «المصباح» ٢/ ٤٢٧.

وصَحَّ عقدُ الأعمى، ويَسقُطُ خِيارُه إذا اشتَرى بجَسِّ الْمَبيع، وذَوقِه، وشَمِّه، وفي العَقار: بوَصفه.

والفَرقُ بين التَّوكيلِ والإرسالِ: أن يقولَ في التَّوكيل: كُن وَكيلي في القَبض، وفي الإرسال: كُن رَسولي فيه إذ[1] أمرتُك بقَبضه، ونظرُ الوَكيلِ بالشِّراء كنَظَره بلا خِلافٍ.

(وصَحَّ عقدُ الأعمى) لأنه مُكلَّفٌ مُحتاجٌ، خِلافًا للشّافعيّ في قولٍ (ويَسقُطُ خِيارُه) أي خِيارُ الأَعمى (إذا اشتَرى بجَسِّ الْمَبيع) إذا كان مما يُعرَف بالجَسِّ إذا وُجِد الجَسُّ منه قبل الشِّراءِ، وأما إذا اشتَرى قبل الجَسِّ: لا يَسقُطُ خِيارُه به، بل يَثبُت باتِّفاق الرِّواياتِ، ويَمتدُّ إلى أن يُوجَدَ منه ما يَدُلُّ على الرِّضا من قولٍ أو فِعلٍ في الصَّحيح.

(و) كذا إذا اشتَرى بِحاسّةِ (ذَوقِه) إن كان مما يُعرَف بالذَّوق (و) كذا إذا اشتَرى بِحاسّةِ (شَمِّه) إن كان مما يُعرَف بالشَّمِّ، كما في البَصير[2].

(و) يَسقُط خِيارُه (في العَقار) الذي اشتَراهُ (بوَصفه) أي بوَصف العَقارِ له؛ لأنه لا سَبيلَ إلى مَعرِفته إلا به، حتى يَسقُطَ خِيارُه بعد ذلك، وعن أبي يوسف: أنه اشتَرَطَ مع ذلك أن يُوقَف في مَكانٍ لو كان بَصيرًا لرَآه منه، وقال الحسنُ: يُوكِّل وَكيلًا بقَبضِه له وهو يَراه، وهو أشبَهُ بقَول أبي حنيفةَ، وقال بعضُ أئمّةِ بَلْخٍ: يَسقُط خِيارُه بِمَسِّ الحيطانِ والأشجارِ مع الوصفِ.

---

(١) في (أ) و(د): إذا، وفي (هـ): أو.

(٢) في (ب) و(ج) و(د): البصر.

ومن رَأى أحدَ الثّوبَين، فاشتَراهما، ثم رَأى الآخَرَ: له رَدُّهما.
ولا يُورَث، كخِيار الشَّرطِ.
ومن اشتَرى ما رَأى: خُيِّر إن تَغيَّر، ....

وإن أَبصَر بعد الوصفِ وبعدما وُجِد منه ما يَدُلُّ على الرِّضا: فلا خِيارَ له؛ لأن العقدَ تمَّ به، ولو اشتَرى البَصيرُ، ثم عَمِيَ قبل الرُّؤيةِ: انتُقِل إلى الوَصفِ[1]؛ لوُجود العَجزِ قبل العِلمِ به.

(**ومن رَأى أحدَ الثّوبَين، فاشتَراهما، ثم رَأى**) الثّوبَ (**الآخَرَ: له رَدُّهما**) أي ردُّ الثّوبَين إن شاء؛ لأن رُؤيةَ أحَدِهما لا تُغني عن رُؤيةِ الآخَرِ؛ للتَّفاوُت، فبَقِيَ خِيارُه فيما لم يَره، وليس له أن يَرُدَّه وحدَه؛ لنَهيِه عَلَيهِ الصَّلَاةُ وَالسَّلَامُ عن تَفريق الصَّفْقةِ[2]، فيَرُدُّهما جَميعًا ضَرورةً.

(**ولا يُورَث**) خِيارُ الرُّؤيةِ (**كخِيار الشَّرطِ**) لأن الخِيارَ وصفٌ، فلا يَجري فيه الإرثُ.

(**ومن اشتَرى ما رَأى**) قبلَ الشِّراءِ (**خُيِّر إن تَغيَّر**) الشَّيءُ الذي اشتَراه

---

(١) في (ب) و(ج): انتقل الوصف.

(٢) روى الإمام أحمد (٣٧٨٣) عن ابن مسعود رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ: قال: «نهى رسول الله صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ عن صفقتين في صفقة واحدة. قال أسود: قال شريك: قال سماك: الرجل يبيع البيع فيقول: هو بنساء بكذا وكذا، وهو بنقد بكذا وكذا.
وقال في «رد المحتار» ٤/٦٠٣: قوله: (يوجب تفريق الصفقة) أي تفريق العقد، بأن يوجب الملك في بعض المبيع دون البعض، وقدمنا أول البيوع (٤/٥٢٦) ما يوجب تفريقها وعدمه.
وسمي العقد صفقة: للعادة في أن أحد المتبايعين يصفق كفه في كف الآخر.

وإلا لا، وإن اختلَفا في التَّغيُّر: فالقَولُ للبائِع، وللمُشتَري لو في الرُّؤية.

ولو اشتَرى عِدلًا وباع منه ثَوبًا، أو وَهَب: رَدَّه بعَيبٍ، لا بخِيارِ رُؤيةٍ أو شَرطٍ.

عن الصِّفة التي رَآهُ عليها قبلَ ذلك؛ لأن العقدَ وَقَع على مَجهولِ الوَصفِ (وإلا) أي وإن لم يَتغيَّر عن الصِّفة التي رَآهُ عليها (لا) يُخيَّر؛ لأن العِلمَ بالْمَبيع قد حَصَل بالرُّؤيةِ الأُولى، وقد رَضِي به ما دام على تلك الصِّفةِ، إلا إذا لم يَعلَم عند العقدِ أنه رَآهُ من قبلُ، فحينَئذٍ يَثبُت له الخِيارُ؛ لعَدَم رِضاه.

(وإن اختلَفا في التَّغيُّر فالقَولُ للبائِع) أي مع يَمينِه؛ لأن الأصلَ إبقاءُ ما كان على ما كان، إلا إذا بَعدُت الْمُدّةُ؛ لأن الظّاهِرَ شاهِدٌ له؛ ألا تَرى أن الجارِيةَ الشّابّةَ تكونُ عَجوزًا بطُول الزَّمانِ (و) القولُ (للمُشتَري لو) اختَلَفا (في الرُّؤية) لأنه أمرٌ حادِثٌ، والْمُشتَري يُنكِره، فيكونُ القولُ له مع يَمينِه.

(ولو اشتَرى عِدلًا) من القِماش (وباع منه ثَوبًا، أو وَهَب[1]) ثوبًا منه، ثم وَجَد به عيبًا (رَدَّه بعَيبٍ، لا) يَرُدُّه (بخِيارِ رُؤيةٍ أو) خِيارِ (شَرطٍ)؛ لأن الرَّدَّ قد تَعذَّر فيما أخرَجه عن مِلكه، ولا يُمكِنه أن يَرُدَّ الباقِيَ بخِيار الرُّؤيةِ والشَّرطِ، سواءٌ كان قبلَ القَبضِ أو بعدَه؛ لما فيه من تَفريق الصَّفْقةِ قبل التَّمامِ.

---

(١) في (ب): أو ذهب.

....

وفي خِيار العَيبِ يَملِك التَّفريقَ بعد القَبضِ، فلو عاد إليه بسَبَبٍ هو فسخٌ فهو على خِيارِ الرُّؤيةِ؛ لارتِفاع المانِعِ من الرَّدِّ، وهو تَفريقُ الصَّفْقةِ، وعن أبي يوسف: أنه لا يَعودُ[1]، وعليه اعتَمَد القُدُوريُّ[2]، واللهُ تَعالى أعلمُ.

---

(١) لأن الساقط لا يعود، فصار كخيار الشرط. «التبيين» ٤/ ٣٠.

(٢) قال الشلبي ٤/ ٣١: وصححه قاضي خان. اهـ «فتح»، وكتب ما نصه: وحقيقة الملحظ مختلف، فشمس الأئمة لحظ البيع والهبة مانعًا زال، فيعمل المقتضي -وهو خيار الرؤية- عملَه، ولحظ على هذه الرواية مسقطًا، وإذا سقط لا يعود بلا سبب، وهذا أوجه؛ لأن نفس هذا التصرف يدل على الرضا، ويبطل الخيار قبل الرؤية وبعدها. اهـ «فتح».

باب خِيارِ العَيبِ

مَن وَجَد بالْمَبيع عَيبًا: أَخَذه بكلِّ الثَّمَنِ، أو رَدَّه.
وما أَوجَب نُقصانَ الثَّمَن عند التُّجّار: فهو عيبٌ، ....

هذا (باب) في بَيان أحكامِ (خِيارِ العَيبِ)

هو: ما يَخلو عنه أصلُ الفِطرةِ السَّليمةِ.

(**مَن وَجَد بالْمَبيع عَيبًا**) يَنقُصُ به الثَّمنُ، وكان عند البائعِ، وقَبَضه من غَير أن يَعلَمَ به، ولم يُوجَد منه ما يَدُلُّ على الرِّضا به بعد العِلمِ بالعَيب: فهو مُخيَّرٌ، إن شاء (**أَخَذه**) أي الْمَبيعَ الْمَعيبَ (**بكلِّ الثَّمَنِ، أو رَدَّه**) على البائِع؛ لأن مُطلَقَ[1] العقدِ يَقتَضي السَّلامةَ من العَيب، فعند فَواتِها يَتخيَّر.

ولا يَنقُصُ من الثَّمَن شيئًا؛ لأن الأوصافَ لا يُقابلُها شيءٌ من الأثمان، بخِلاف ما إذا صارَت مَقصودةً بالإتلاف، بأن حَدَث العَيبُ بفِعلِ البائعِ بعد البيعِ قبل القَبضِ؛ حيث يَسقُط من الثَّمَن بحِصّته إذا اختارَ الأخذَ، أو حَدَث عند الْمُشتَري عيبٌ آخَرُ؛ حيث يكونُ له الرُّجوعُ بنُقصان العَيب على البائع، على ما يجيءُ إن شاء اللهُ تَعالى.

(**وما**) أي كلُّ شيءٍ (**أَوجَب نُقصانَ الثَّمَن عند التُّجّار فهو عيبٌ**) لأن الضَّررَ اللَّاحِقَ بسَبَب العَيبِ هو النُّقصانُ في الماليّة، فيُرجَعُ فيه إلى أَهله.

---

(١) في (ب) و(ج): مقتضى. وانظر «التبيين» ٤/ ٣١.

كالإباق، والبَولِ في الفِراش، والسَّرِقةِ، ....

ثم شَرَع في عَدِّ بعضِ العُيوبِ التي تُوجِب النُّقصانَ في الماليّة عند التُّجار بقَوله: (كالإباق) وهو هُروبُ العبدِ والجاريةِ (والبَولِ في الفِراش، والسَّرِقةِ) لأنها تُوجِب نُقصانَ القِيمةِ عندهم.

ثم إذا وُجِدت هذه الأشياءُ من صَغيرٍ غيرِ مُميِّزٍ لا يكونُ عَيبًا، وإن كان مُميِّزًا يكونُ عَيبًا، ويَزولُ بالبُلوغ، فإن عاوَدَه بعد البُلوغِ يكونُ عَيبًا حادِثًا غيرَ الأوَّلِ؛ لأن البَولَ قبلَه لضَعفٍ في المَثانة، وبعدَه لداءٍ في البَاطن[1]، والإباقُ قبلَه لحُبِّ اللَّعِبِ، والسَّرِقةُ قبله لقِلّة المُبالاةِ، وبعده يَكونان لخُبثٍ في الباطِن، حتى لو وُجِد شيءٌ منها عند البائعِ قبلَ البُلوغِ، ثم وُجِد عند المُشتَري بعدَه: ليس له أن يَرُدَّه؛ لزَوال الأوَّلِ بالبُلوغ، ولو وُجِد عند البائعِ قبلَ البُلوغِ، ثم وُجِد عند المُشتَري أيضًا قبلَه: يَرُدُّه به ما لم يَبلُغ؛ لِاتِّحاد السَّبَبِ[2].

وكذا إذا وُجِد عند البائعِ بعد البُلوغِ، ثم عند المُشتَري أيضًا بعدَه: يَرُدُّه.

---

(١) في سوى (أ) و(هـ): البطن. وانظر «التبيين» ٤/ ٣٢.

(٢) والحاصل: أنه إذا اتفق الحالان: عُلِم أن السبب واحد، فيكون هذا العيب ثابتًا عند البائع، فأما إذا اختلف: فلا يعرف؛ لأنه يجوز أن يزول الذي كان عند البائع، ثم حدث النوع الآخر عند المشتري، فلا يكون له حقُّ الرد، كالعبد إذا حُم عند البائع ثم عند المشتري، فإن كان هذا الثاني غيرَ ذلك النوع: لا يثبُتُ حقُّ الرد، وإن كان من نوعه: يثبُتُ حقُّ الرد. اهـ إتقاني نقلًا عن «التحفة» مع بعض تغيير. اهـ شلبي ٤/ ٣٢.

....

والسَّرِقةُ لا تَختلِف بين أن تكونَ من الْمَولى أو من غَيرِه، إلا إذا سَرَق من الْمَولى شيئًا للأكل، فإنه ليس بعَيبٍ، وإن سَرَق منه طَعامًا ليَبيعَه فهو عَيبٌ، ولو سَرَق شيئًا يَسيرًا نحوَ الفَلسِ والفَلسَين: لا يكونُ عَيبًا، ولو نَقَب البيتَ يكونُ عَيبًا وإن لم يَأخُذ.

والآبِقُ[1] إذا خَرَج من البَلَد يكونُ عَيبًا بالاتِّفاق، وإن لم يَخرُج اختُلِف فيه، والأشبَهُ أن يُقالَ: إن كان البلدُ كَبيرًا مثلَ القاهِرةِ يكونُ عَيبًا، وإن كان صَغيرًا بحيث لا يَخفى عليه أهلُها: لا يكونُ عَيبًا.

وحاصِلُ الجوابِ فيها ما قال في «التُّحفة»: إن هذه الأشياءَ في الصَّغير الذي لا يَعقِل ولا يَأكُل وحدَه: لا تكونُ عَيبًا، فإذا كان صَبيًّا عاقِلًا تكونُ عَيبًا، ولكن عند اتِّحادِ الحالةِ يَثبُت حقُّ الرَّدِّ، لا عند الاختِلافِ، بأن يَثبُتَ أنه أبَق عند البائعِ، ثم أبَق عند الْمُشتَري، كِلاهما في حالة الصِّغَر، أو كِلاهُما في حالة الكِبَر؛ لأن سبَبَ وُجودِ هذه الأشياءِ في حالة الصِّغَر عَيبٌ، وهو قِلّةُ الْمُبالاةِ، وقُصورُ العقلِ، وضَعفُ الْمَثانةِ، وفي حالة الكِبَر يكونُ السَّبَبُ سوءَ اختِيارٍ، وداءً في الباطِن..

فإذا اتَّفَق الحالان عُلِم أن السَّبَبَ واحِدٌ، فيكونُ هذا العيبُ ثابِتًا عند البائعِ، فأما إذا اختَلَف فلا يُعرَف؛ لأنه يجوزُ أن يزولَ الذي كان عند البائعِ، ثم حَدَث النَّوعُ الآخَرُ عند الْمُشتَري، فلا يكونُ له حقُّ الرَّدِّ،

---

(1) في سوى (ز) و(ح): والإباق.

والجُنونِ، ....

كالعَبد إذا حُمَّ عند البائعِ، ثم حُمَّ عند الْمُشتَري، فإن كان هذا الثّاني غيرَ ذلك النَّوعِ: لا يَثبُت حَقُّ الرَّدِّ، وإن كان من نَوعِه يَثبُت حقُّ الرَّدِّ، فافهَم.

(والجُنونِ) لأنه فَسادٌ في الباطِن، وهو لا يَختلِف باختِلاف السِّنينَ، حتى لو وُجِد عند البائعِ في صِغَره، وعاوَدَه عند الْمُشتَري بعد الكِبَر: يَردُّه، ومِقدارُه: أن يكونَ أكثرَ من يومٍ وليلةٍ، وما دونَه لا يكونُ عَيبًا، وقِيل: الْمُطبِقُ[1] عَيبٌ، وما دونه لا.

وفي «الجامِع الصَّغيرِ»: إذا جُنَّت وهي صَغيرةٌ فهذا عيبٌ أبدًا.

وقال صاحِبُ «التُّحفة»: الجنونُ إذا ثَبَت وُجودُه عند البائعِ، هل يُشترَط أن يُوجَدَ ثانيًا عند الْمُشتَري؟ ليس فيه رِوايةٌ، ثم قال: اختَلَف الْمَشايخُ، قال بعضُهم: قالُوا: لا يُشترَط؛ لأن محمدًا قال: الجُنونُ عَيبٌ لازِمٌ أبدًا، فلا يُشترَط وُجودُه ثانِيًا عند الْمُشتَري، بخِلاف السَّرِقةِ، والإباقِ، والبَولِ في الفِراش؛ فإنه ما لم يُوجَد عند الْمُشتَري لا يَثبُتُ حقُّ الرَّدِّ.

وقال بعضُهم: لا يكونُ له حقُّ الرَّدِّ ما لم يُوجَد ثانِيًا عند الْمُشتَري، كما في الإِباق ونَظائرِه، إلا أن الفرقَ أن في الجُنونِ لا يُشترَط اتِّحادُ الحالةِ، بأن[2] جُنَّ عند البائعِ وهو صَغيرٌ عاقِلٌ، ثم جُنَّ عند الْمُشتَري

---

(١) أي الذي لا يفيق منه.

(٢) في (هـ): فإن.

والبَخَرِ، والدَّفَرِ، والزِّنى، وولَدِه في الأَمَةِ، ....

بعد البُلوغِ، فإنه يَثبُت حقُّ الرَّدِّ، وفي الإباق ونَظائرِه لا يَثبُت حَقُّ الرَّدِّ إلا عند اتِّحادِ الحالةِ.

وقال الشَّيخُ أبو الْمَعينِ النَّسَفِيُّ[1] في «شَرح الجامِعِ الكَبيرِ»: وحُكِي عن الشَّيخ أبِي بكرٍ الإسكافِ البَلْخيِّ: أن الجُنونَ أيضًا بمَنزِلة البَولِ في الفِراش والإباقِ والسَّرِقةِ، فلا يُمكِن للمُشتَري أن يَرُدَّ بالجُنون إذا جُنَّ عنده في حالة الكِبَر، إذا كان الجُنونُ عند البائعِ في حالة الصِّغَر، وإنما يَثبُت له حقُّ الرَّدِّ إذا كان الجُنونُ عند البائعِ في حالة الكِبَر أيضًا.

(والبَخَرِ) بفَتحتَين: وهو نَتَنُ الفمِ (والدَّفَرِ) بفَتح الدّالِ والفاءِ وسُكونِها أيضًا: نَتْنُ الإبْطِ، وفي «الجَمهَرة»: الدَّفَرُ: النَّتْنُ، يقلب: رجلٌ أدفَرُ، وامرَأةٌ دَفراءُ، وأما الذَّفَرُ بالذّال الْمُعجَمةِ فهو: حِدّةُ الرائحة من طيبٍ أو نتْنٍ، وربما خُصَّ به الطِّيبُ فقِيل: مِسكٌ أذفَرُ (والزِّنى وولَدِه) أي ولَدِ الزِّنى..

هذه الأربَعةُ تكونُ عَيبًا (في الأَمَة) دون الغُلامِ؛ لأنه يُخِلُّ بالْمَقصود فيها، وهو الاستِفراشُ وطلَبُ الولَدِ، والْمَقصودُ من الغُلام الاستِخدامُ، وهذه الأشياءُ لا تُخِلُّ به، إلا أن يكونَ البَخَرُ والدَّفَرُ فاحِشًا، بحيث

---

(١) أبو المعين، ميمون بن محمد بن محمد، النسفي، المكحولي، الإمام الزاهد، العالم البارع، كان علماء الشرق والغرب تغترف من بحاره، وتستضيء بأنواره، من مصنفاته الجليلة: «تبصرة الأدلة»، و«التمهيد لقواعد التوحيد»، و«شرح الجامع الكبير»، توفي رَحِمَهُ اللَّهُ سنة (٥٠٨ هـ)، وانظر ترجمته في «تاج التراجم» ص٣٠٨.

....

يَمنع القُربَ من الْمَولى، أو يكونَ الزِّنى عادةً له، بأن يَتكرَّرَ منه أكثرَ من مرَّتين.

وفي «الأجناس» في البُيوع إملاءً[1]: الذَّفَرُ ليس بعَيبٍ في واحِدٍ منهما، والعَسَرُ عيبٌ، وهو الذي يَعمَل بشِماله ولا يَعمَل بيَمينه، وفي «الغاية»: وقِيل: إذا كان العبدُ أمردَ يكونُ البَخَرُ فيه عَيبًا، والأصحُّ أن الأمردَ وغيرَه سواءٌ، كذا في «خُلاصَة الفَتاوى».

والعُيوبُ كلُّها لا بُدَّ لها من الْمُعاوَدة عند الْمُشتَري حتى يَرُدَّ، إلا الزِّنى في الجارِية، فإنه رُوِي عن محمدٍ في «الأمالِي»: لو اشتَرى جارِيةً بالِغةً، وقد كانَت زَنَت عند البائعِ: فللمُشتري أن يَرُدَّها وإن لم تَزنِ عندَه؛ لِلُحوق العارِ بالأولاد، وعند الشّافعيِّ: الزِّنى في الغُلام عَيبٌ كالسَّرِقة.

وقال الفَقيهُ أبُو اللَّيث في «شرحِ الجامع الصَّغير»: لو اشتَرى عبدًا، فوَجَده زانِيًا: لا يكونُ عَيبًا؛ لأن فيه زِيادةَ قُوَّةٍ، وزِيادةُ القُوّةِ لا تكونُ عَيبًا؛ ألا تَرى أنه لو اشتَرى عبدًا، فوَجَدَه عِنّينًا: فله أن يَرُدَّه.

وذَكَر أبو يوسف في «الأمالي» والحسَنُ بنُ زِيادٍ عن أبي حنيفةَ أنه قال: إذا اشتَرى عبدًا على أنه خَصِيٌّ، فإذا هو فَحلٌ: لَزِمه ذلك، وأما إذا اشتَراه على أنه فَحلٌ، فإذا هو خَصِيٌّ: لم يَلزَمه ذلك.

---

(١) في (ز) و(ح): أما الدفر فليس.

والكُفرِ، وعدَمِ الحَيضِ، ....

وفي «الإيضاح»: إذا كان العبدُ مُدمِنًا للزّنى، يَنقطِع به عن خِدمة المَولى: يكونُ عَيبًا.

(والكُفرِ) في الغُلام والجارِيةِ، ولو اشتَراه على أنه كافِرٌ، فوَجَده مُسلِمًا: لا يَرُدُّه؛ لأنه زوالُ العيبِ، وقال الشّافعيُّ: يَرُدُّه؛ لفَوات الوصفِ المَرغوبِ فيه؛ لأن استِعبادَ الكافِرِ وإذلالَه مَطلوبٌ للمُسلِم.

(وعدَمِ الحَيضِ) لأنه يَدُلُّ على داءٍ، والمُعتبَرُ في انقِطاعه أقصى غايةِ[1] البُلوغِ، وهو سبعَ عشْرةَ سنةً عند أبي حنيفةَ، ويُعرَف ذلك بقَول الأمةِ؛ لأنه لا يَعرِفُها غيرُها، ويُستحلَف البائعُ مع ذلك إن كان بعد القبضِ، فتُرَدُّ بنُكولِه، وإن كان قبلَه فكذلك في الصَّحيح، وعن أبي يوسف: تُرَدُّ بلا يَمينِ البائعِ.

ولو ادَّعى انقِطاعَه في مُدّةٍ قَصيرةٍ لا تُسمَع دَعواه، وفي المَديدة[2] تُسمَع، وأقلُّه: ثَلاثةُ أشهُرٍ عند أبي يوسف[3]، وأربَعةُ أشهُرٍ وعَشرٌ عند محمدٍ، وعن أبي حنيفة وزفرَ: أنها سَنتان.

وجُملةُ الأمرِ فيه: أنه إذا ادَّعى انقِطاعَه سَأل القاضِي البائعَ، فإن أقرَّ بما ادَّعاه رَدَّها عليه، وإن أنكَر قِيامَ العَيبِ للحال، وهو الانقِطاعُ:

(١) في (ب): أقصى مدة البلوغ. وانظر «التبيين» ٤/ ٣٣.
(٢) في (ب): في المذيل، وفي (ج) و(د) و(هـ): في المديد.
(٣) في (ب): ثلاثة أشهر عند أبي حنيفة. وانظر «التبيين» ٤/ ٣٣.

....

لا يُحلَّف عند أبي حنيفة، وإن أقرَّ بقِيامه في الحال، وأنكر أنه كان عندَه: يُحلَّف، فإن حَلَف بَرِئ، وإن نكل رُدَّ عليه.

وإن أقامَ الْمُشتَري البيِّنةَ على أن الانقِطاعَ كان عند البائعِ.. قال في «الكافِي»: لا تُقبَل؛ لأنهم لا يَعرِفون انقِطاعَه، بخِلاف ما إذا شَهِدوا أنها مُستحاضَةٌ؛ لأن دُرورَ الدَّمِ يُطَّلَع عليه.

وفي «فَتاوى» الفَضْلِيّ: الرُّجوعُ[1] في الحَبَل إلى قَول النِّساءِ، وفي الدَّاء إلى قَول الأطِبّاءِ، ويُشترَط لثُبوت العَيبِ فيها قولُ عَدلَين منهم، بخِلاف ما لم يَطَّلع عليه الرِّجال؛ حيث يَثبُت بقَولِ امرَأةٍ واحِدةٍ.

وفي «الفَتاوى الصُّغرى»: إذا اشتَرى جارِيةً، فوَجَدها لا تَحيضُ: لا تُسمَع منه الخُصومةُ ما لم يَدَّعِ ارتِفاعَ الحَيضِ بسَبَب الدّاءِ أو الحَبَلِ[2]، فإن ادَّعى بسَبَب الحَبَلِ يُريها النِّساءَ، فإن قُلنَ: (هي حُبلى): يُحلَّف البائعُ أن ذلك لم يكن عندَه، وإن قُلنَ: (ليست بحُبلى): لا يَمينَ على البائِع.

وإن ادَّعى الْمُشتَري ارتِفاعَ الحَيضِ بسَبَب الدّاءِ: يُريها لاثنَين من الأطِبّاءِ من الْمُسلِمين، فإن ثَبَت العيبُ يُحلَّف البائِعُ كما تَقدَّم، وإن لم يَثبُت لا يُحلَّف.

---

(١) في (أ): المرجع.

(٢) في سوى (أ): والحبل.

والاستِحاضةِ، والسُّعالِ القَديمِ، والدَّينِ، والشَّعْرِ والماءِ في العَين.

وقال الشَّيخُ أبو المُعينِ النَّسَفيُّ في «شَرحِ الجامعِ الكَبيرِ»: وإن كان العَيبُ خَفِيًّا لا يَطَّلع عليه إلا الأطِبّاءُ: يَثبُت بقَولِ عَدلٍ منهم، وكذلك إذا كان لا يَطَّلِع عليه إلا النِّساءُ: يَثبُت بقَولِ واحِدةٍ منهنَّ مَوصوفةٍ بالعَدالةِ، والثِّنتان أحوَطُ.

(والاستِحاضةِ) وهو استِمرارُ الدَّمِ، وهو عَلامةُ الدّاءِ.

(والسُّعالِ القَديمِ) لأن دَوامَه يَدُلُّ على الدّاء.

(والدَّينِ) لأن ماليَّته تكونُ مَشغولةً به، وتَتقدَّم الغُرَماءُ على المَولى.

(والشَّعْرِ) في العَين (والماءِ في العَين) لأنهما يُضعِفان البَصَرَ، ويُورِثان العَمى.

وفي «التُّحفة»: العُيوبُ على نَوعَين:

أحَدُهما: ما يُوجِب فَواتَ جُزءٍ من المَبيع، وتَغييرَه من حيث الظّاهِرُ، دون الباطِنِ، والثّاني: ما يُوجِب النُّقصانَ من حيث المَعنى دون الصُّورةِ.

أما الأوَّلُ: فكثيرٌ، نحوُ العَمى، والعَوَرِ، والصَّمَمِ، والشَّلَلِ، والزَّمانةِ، والإصبَعِ النّاقِصةِ، والسِّنِّ السَّوداءِ، والسِّنِّ السّاقِطةِ، والظُّفُرِ الأسوَدِ، والخَدْشِ، والكَلْمِ[1]، والقُروحِ، والشِّجاجِ، وأثَرِ الجِراحِ،

---

(١) كَلَمْتُه كَلْمًا من باب قتل: جرحته، ومن باب ضرب لغة، ثم أطلق المصدر على الجرح، وجمع على كلوم وكلام، مثل بحر وبحور وبحار، والتثقيل مبالغة، ورجل كليم، والجمع كلمى، مثل جريح وجرحى. «المصباح» ٢/ ٥٣٩.

....

والأمراضِ كلِّها التي في سائِر البَدن، والحِمّياتِ[1].

وأما الثاني: فنحوُ السُّعالِ القَديمِ، وارتِفاعِ الحَيضِ في زَمانٍ طَويلٍ أدناهُ شَهرانِ فصاعِدًا في الجَواري، ومنها: صُهوبةُ الشَّعْرِ[2]، والشَّمَطُ[3]، والشَّيبُ في العَبيد والجَواري، والحَبَلُ في الجارِية لا في البَهائِم، والنِّكاحُ في الجارِيةِ والغُلام عَيبٌ.

وفي «العُيون» قال هِشامٌ: سمعتُ أبا يوسفَ يقولُ: لو أن رَجُلًا اشتَرى عبدًا قد احتَلَم، أو جارِيةً حاضَت، ولم يُختَن العبدُ، ولم تُخفَض الجارِيةُ، قال: إن كان مُولَّدًا فهو عَيبٌ، وإن كان جَليبًا[4] فليس بعَيبٍ، وإن كان صَغيرًا فليس بعيَبٍ.

وفي «الإيضاح»: وحذفُ الحُروفِ من المُصحَف أو في بعضِه عَيبٌ؛ لأنه يُوجِب نُقصانَ الثَّمَن.

---

(١) جمع حمى. «المصباح» ١/ ١٥٢.

(٢) الصُّهبة والصهوبة: احمرار الشعر، وصَهِب صَهَبًا من باب تعب، فالذكر أصهب، والأنثى صهباء، والجمع صُهْب، مثل أحمر وحمراء وحُمْر، ويصغر على القياس فيقال: أصيهب. «المصباح» ١/ ٣٤٩.

(٣) الشمط: بياض شعر الرأس يخالط سواده، والرجل أشمط، وقوم شُمْطان، مثل أسود وسودان، وقد شَمِط من باب طرب، والمرأة شمطاء بوزن حمراء. «مختار الصحاح» ص١٦٩.

(٤) في (أ) و(د): جلبًا. وهو موافق لـ «البناية» ٨/ ١٠٦، والذي في «عيون المسائل» ص١٥٤ موافق لما أثبتُّه. والجليب هو: ما أتي به من بلد آخر. وانظر «المصباح» ١/ ١٠٤.

فلو حَدَث آخَرُ عند الْمُشتَري: رَجَع بنُقصانِه، أو رَدَّ برِضا بائِعِه.

ومَن اشتَرى ثوبًا فقَطَعه، فوَجَد به عَيبًا: رَجَع بالعَيب، فإنْ قَبِله البائِعُ كذلك: له ذلك، وإن باعَه الْمُشتري: لم يَرجع بشَيءٍ.

(**فلو حَدَث**) عَيبٌ (**آخَرُ عند الْمُشتَري**) بعد اطِّلاعِه على عَيبٍ كان عند البائِعِ: (**رَجَع بنُقصانِه**) لأنه تَعذَّر الرَّدُّ بسَبَب العَيبِ الحادِثِ، وطَريقُ مَعرِفتِه: أن يُقوَّمَ وبه هذا العَيبُ، ثم يُقوَّمَ وهو سالِمٌ، فإذا عُرِف التَّفاوُتُ بين القِيمتَين يُرجَع عليه بحِصَّتِه من الثَّمَن، حتى إذا كان عُشرَ القِيمةِ مثلًا يَرجع عليه بعُشرِ الثَّمَن، وإن كان ثُلثًا فبثُلُثه، وقال مالِكٌ: يُرَدُّ الْمُشتَرَى مع نُقصانِ العَيبِ الذي حَدَث عندَه..

(**أو رَدَّ**) الْمُشتَري الْمَبيعَ الذي حَدَث فيه عَيبٌ آخَرُ (**برِضا بائِعِه**) لأنه رضِيَ بالتِزامِ الضَّرَر، وبدون رِضاه لا يُرَدُّ؛ لدَفع الضَّرَر عنه، وقال مالِكٌ وأحمدُ في رِوايةٍ: له أن يَرُدَّه، ويَرُدُّ معه نُقصانَ العَيبِ الحادِثِ عندَه؛ لقِيام الْمُجَوِّزِ للرَّدِّ، وهو الاطِّلاعُ على العَيب.

(**ومَن اشتَرى ثوبًا فقَطَعه، فوَجَد به**) أي بالثَّوب (**عَيبًا**) بعد قَطعِه (**رَجَع بالعَيب**) أي بنُقصان العَيبِ؛ لتَعذُّر الرَّدِّ بالقَطع، بخِلاف ما إذا اشتَرى بَعيرًا فنَحَره، فوَجَد أمعاءَه فاسِدةً؛ حيث لا يَرجِع بالنُّقصان عند أبي حنيفةَ؛ لأن النَّحرَ إفسادٌ للماليَّة، كما إذا كان عَبدًا فقتَلَه.

(**فإن قَبِله**) أي فإن قَبِل الثَّوبَ الْمَذكورَ (**البائِعُ كذلك**) أي بقَطعِه (**له**) أي للبائِع (**ذلك**) أي القَبولُ؛ لأن الامتِناعَ لحَقِّه، وقد رضِيَ به (**وإن باعَه**) أي الثَّوبَ الْمَذكورَ (**الْمُشترِي: لم يَرجع**) على البائِع (**بشَيءٍ**) لأنه صار

فلو قَطَعه وخاطَه، أو صَبَغه، أو لَتَّ السَّويقَ بسَمنٍ، فاطَّلَع على عَيبٍ: رَجَع بنُقصانِه.

كما لو باعَه بعد رُؤيةِ العَيبِ، ....

حابِسًا له بالبَيع؛ إذ الرَّدُّ غيرُ مُمتنِعٍ بالقَطع برِضا البائعِ، فكان مُفوِّتًا للرَّدِّ، بخِلاف ما إذا خاطَه ثم باعَه؛ حيث لا يَبطُلُ الرُّجوعُ بالنُّقصان؛ لأنه لم يَصِر حابِسًا له بالبَيع؛ لامتِناع الرَّدِّ قبلَه بالخِياطة من غَير عِلمٍ بالعَيب، وبيعُه بعد امتِناعِ الرَّدِّ لا تأثيرَ له.

(فلو قَطَعه) أي فلو قَطَع الْمُشتَري الثَّوبَ (وخاطَه، أو صَبَغه) بأيِّ صِبغٍ كان (أو لَتَّ) أي أو أخلَط الْمُشتَري (السَّويقَ بسَمنٍ، فاطَّلَع على عَيبٍ) في الثَّوب أو السَّويقِ بعد هذه الأشياءِ (رَجَع) على البائِع (بنُقصانِه) لتَعذُّر الرَّدِّ بسَبَب الزِّيادةِ.

بخِلاف الزِّيادةِ الْمُتَّصِلةِ، كالسِّمَن والجَمالِ؛ حيث لا يَمنَع الرَّدَّ بالعَيب في ظاهِر الرِّوايةِ، وهي نَوعان: مُتولِّدةٌ من الأَصل، كالجَمال، وغيرُ مُتولِّدةٍ منه، كالصِّبغ، وقد ذَكَرْناهما.

والْمُنفصِلةُ أيضًا نَوعان: مُتولِّدةٌ من الْمَبيع، كالوَلَد، والثَّمر، واللَّبَن، ونحوِ ذلك، فإنه يَمنَع الرَّدَّ، وغيرُ مُتولِّدةٍ منه، كالكَسب، فإنه لا يَمنَع الرَّدَّ بالعَيب والفَسخَ، فإذا فُسِخ يُسلَّم للمُشتري مَجّانًا.

(كما) يَرجِع بالنُّقصان (لو باعَه) أي الثَّوبَ بعد القَطعِ، والخِياطةِ، والصَّبغِ، والسَّويقَ بعد اللَّتِّ بالسَّمن، وكلُّ ذلك (بعد رُؤيةِ العَيبِ) لتَعذُّر الرَّدِّ، ولا تأثيرَ للبَيع؛ لامتِناع الرَّدِّ قبلَه، فلا يصيرُ به حابِسًا،

أو مات العبدُ، أو أعتَقه، ولو على مالٍ، أو قَتَله، ....

بخِلاف القَطعِ من غَير خِياطةٍ.

(**أو مات العبدُ**) بعد[1] اطِّلاعِه على العَيب: فكذلك يَرجِع بالنُّقصان؛ لامتِناع الرَّدِّ حَقيقةً (**أو أعتَقه**) أي العبدَ، قبل[2] اطِّلاعِه على العَيب: فكذلك يَرجِع بالنُّقصان؛ لامتِناع الرَّدِّ حُكمًا، وكذلك لو دَبَّره، أو استَولَدَ الجارِيةَ.

والمُرادُ من الإعتاق: أن يُوجَدَ منه قبلَ العِلمِ بالعَيب، وإن أعتَقه بعد العِلمِ به لا يَرجِع بالنُّقصان؛ لأن إقدامَه عليه دَلالةُ الرِّضا، والقِياسُ أن لا يَرجِعَ به وإن كان قبلَ العِلمِ به، وهو قولُ الشّافعيِّ، كالقَتل.

(**ولو**) أعتَقه (**على مالٍ**) لم يَرجِع بشيءٍ؛ لأنه حَبَس بدَلَه، وعن أبي حنيفة: أنه يَرجِع، والكِتابةُ مِثلُ الإعتاقِ على مالٍ.

(**أو قَتَله**) أي أو قَتَل العبدَ بعد[3] اطِّلاعِه على عَيبٍ[4]: فكذلك لم

---

(١) في (هـ): قبل. وانظر «البحر» ٦/ ٥٧.

(٢) في سوى (أ) و(هـ): بعد. وانظر «التبيين» ٤/ ٣٦، لكن عبارة «البحر» ٦/ ٥٧ وهي (قوله: أو مات العبد أو أعتقه: يعني يرجع بالنقصان إذا اطلع على عيب به بعد موته أو إعتاقه) تفيد أن اللفظ هو (بعد) في الموضعين، فتأمل.

(٣) في (هـ): قبل.

(٤) في «الدر والرد» ٥/ ٢٤: ... بعد اطلاعه على عيب، كذا ذكره المصنف تبعًا للعيني في «الرمز»، لكن ذكر في «المجمع»: في الجميع قبل الرؤية، وأقره شراحه حتى العيني، فيفيد البعدية بالأولوية، فتنبه.

قال ابن عابدين: قوله: (حتى العيني) أي في «شرحه على نظم المجمع»، أي فناقض =

أو كان طَعامًا فأَكَله أو بعضَه: لم يَرجع بشيءٍ.

ولو اشتَرى بَيضًا، أو قِثّاءً، أو جَوزًا، ووَجَده فاسِدًا يُنتفَع به:

يَرجِع، لأن الرَّدَّ امتَنَع بفِعلِه، وهو مَضمونٌ عليه.

وعن أبي يوسف: أنه يَرجِع بالنُّقصان؛ لأن قَتْلَه لا يَتعلَّق به حُكمٌ، بخِلاف امتِناعِ الرَّدِّ بفِعلِه في نَحو صَبغ الثَّوبِ؛ لأن هناك امتِناعَ الرَّدِّ بسَبَب زِيادةِ الْمَبيعِ لِحَقِّ الشَّرع، والعَينُ[1] قائِمٌ على حالِه.

(**أو كان**) الْمَبيعُ (**طَعامًا، فأكَله**) بعد[2] اطِّلاعِه على العَيب: فكذلك لا يَرجِع بشيءٍ عند أبي حنيفةَ؛ للتَّعذُّر، وقالا: يَرجِع بالنُّقصان، كالْمَوت، وبه قالَت الثَّلاثةُ (**أو**) كان الْمَبيعُ طَعامًا، فأَكَل (**بعضَه**) فكذلك لا يَرجِع بشيءٍ عند أبي حنيفة، ولا يَرُدُّ ما بقِيَ منه.

وقالا: يَرجِع بالنُّقصان فيما أكَل، ثم قال أبو يوسف: يَرُدُّ ما بقِيَ إن رضِيَ البائِعُ؛ لأن استِحقاقَ الرَّدِّ في البَعض دون الكُلِّ، فيَتوقَّف على رِضاه، وقال محمدٌ: يَرُدُّ الباقِيَ مُطلَقًا؛ لأن رَدَّه مُمكِنٌ حيث لا يَضُرُّه التَّبعيضُ، ورَجَع بالنُّقصان فيما أكَله؛ لتَعذُّر ردِّه.

وقولُه: (**لم يَرجِع**) الْمُشتَري على البائِع (**بشيءٍ**) جَوابُ الْمَسائلِ الأربَعةِ.

(**ولو اشتَرى**) شخصٌ (**بَيضًا، أو قِثّاءً، أو جَوزًا**)، أو لَوزًا، أو فُستُقًا، أو بُندُقًا، ونحوَ ذلك (**ووَجَده فاسِدًا يُنتفَع به**) فإن القِثّاءَ[3] فيه لُبٌّ يَأكُله

= كلامه في «الرمز».

(١) في (ب) و(ج): والغبن قائم. وانظر «التبيين» ٤/ ٣٦.

(٢) في (هـ): قبل.

(٣) في (أ): بأن كان القثاء فيه لب، وفي (هـ): لأن القثاء.

رَجَع بنُقصان العَيبِ، وإلا بكلِّ الثَّمَن.

بعضُ الفُقَراءِ، أو يَصلُح[1] للعَلَف، أو كان بعضُ لُبِّ الجَوزِ ونحوِه يُؤكَل، وأما البَيضُ: فلا يُتصوَّر فيه ذلك؛ لأن قِشرَه لا قِيمةَ له، إلا في بَيض النَّعامةِ، فإن الْمَطلوبَ فيه قِشرُه، ففي مِثل هذا (رَجَع بنُقصان العَيبِ) لأن الكَسرَ عَيبٌ حادِثٌ، إلا إذا رضِيَ به البائِعُ.

وقال الشّافعيُّ: إذا كَسَر مِقدارَ ما لا بُدَّ له منه للعِلم بالعَيب: يَرُدُّه؛ لأن البائِعَ سَلَّطه عليه، قُلنا: رضِيَ بكَسره في مِلك الْمُشتَرِي لا في مِلك نَفسِه، فيَجِب رِعايةُ حقِّهما.

(وإلا) أي وإن لم يُنتَفع به، بأن وَجَد البيضَ مَذِرَةً[2]، والقِثّاءَ مُرًّا، والجَوزَ ونحوَه خاليًا أو مُزَنِّخًا[3]: يَرجِع (بكلِّ الثَّمَن) لأنه ليس بمالٍ، فكان البيعُ باطِلًا، وهذا يَستقيمُ كما ذكَرْنا في البَيضِ؛ لأنه لا قِيمةَ لِقِشره، إلا بَيضَ النَّعامةِ؛ لأن ماليَّتَه باعتِبارِ القِشرِ.

وكذا في الجَوز إذا لم يكن لِقِشره قِيمةٌ، وأما إذا كان له قِيمةٌ، بأن كان في مَوضِعٍ يُوقَد فيه قِشرُه، كما في مَواضِع الزَّجّاجين.. فقِيل: يَرجِع بحِصّة اللُّبِّ، ويصِحُّ البيعُ في القِشر بحِصّتِه؛ لأنه مالٌ مُتقوَّمٌ، وقِيل: يَرُدُّ القِشرَ، ويَرجِع بكلِّ الثَّمن.

---

(١) في (ج): ويصلح.

(٢) مذرت البيضة والمعدة مَذَرًا فهي مَذِرَةٌ.. من باب تعب: فسدت، وأمذرتها الدجاجةُ: أفسدتها. «المصباح» ٢/ ٥٦٧.

(٣) زنخ الدهن والسمن زَنَخًا: تغيرت رائحته. «المحكم والمحيط الأعظم» ٥/ ١٠٠.

....

هذا إذا ذاقَه وتَركه، فإن تَناوَل منه شيئًا بعدما ذاقَه فلا يَرجِع عليه بشيءٍ، وهذا أيضًا إذا كَسَره من غَير عِلمٍ به، ولو كَسَره بعد العِلمِ به لا يَرُدُّه، ولا يَرجِع بالنُّقصان.

وإن وَجَد البعضَ فاسِدًا، وهو قَليلٌ: جاز البيعُ استِحسانًا؛ لأنه لا يَخلو عن قَليلٍ من الفاسِد عادةً، فلا يُمكِن التَّحرُّزُ عنه، وذلك مِثلُ الواحِدِ والاثنَين من كلِّ مِائةٍ، فليس له أن يُخاصِمَ البائِعَ بسَبَبه.

وإن كان أكثرَ(١) من ذلك اختَلَفوا فيه، فقِيل: البيعُ باطِلٌ عند أبي حنيفة، وعندهما: يجوزُ بحِصّة الصَّحيحِ منه، وقِيل: العقدُ لا يجوزُ عند الكُلِّ؛ لأنه لم يُفصِّل الثَّمنَ، والأوَّلُ أصحُّ.

---

(١) في «الدر المختار»: ولو كان أكثره فاسدًا: جاز بحصته عندهما. نهر.
قال في «رد المحتار» ٥/ ٢٦: تنبيه: عبر بالأكثر تبعًا للعيني، واعتُرض بأنه مختل، والصواب تعبير «النهر» وغيره بالكثير.
قلت: وهو مدفوع؛ لأنه إذا صح فيما يكون أكثره فاسدًا يصح فيما يكون الكثير منه فاسدًا بالأولى فافهم، نعم! الأولى التعبير بالكثير ليفيد صحة البيع في الكل إذا كان الفاسد منه قليلًا؛ لأنه لا يمكن التحرز عنه، إذ لا يخلو عن قليل فاسد فكان كقليل التراب في الحنطة، فلا يرجع بشيء أصلًا، وفي القياس يفسد، كما في «الفتح».
قال في «النهر»: والقليل ما لا يخلو عنه الجوز عادة، كالواحد والاثنين في المائة، كذا في «الهداية»، وهو ظاهر في أن الواحد في العشرة كثير، وبه صرح في «القنية»، وقال السرخسي: الثلاثة عفو، يعني في المائة. اهـ، وفي «البحر»: القليل الثلاثة وما دونها في المائة، والكثير ما زاد. اهـ، وفي «الفتح»: وجعل الفقيه أبو الليث الخمسة والستة في المائة من الجوز عفوًا. اهـ.

ولو باع الْمَبيعَ، فرُدَّ عليه بعَيبٍ بقَضاء: رَدَّه على بائعِه، ولو برِضًا: لا.

وفي «فَتاوى» الوَلْوالِجيِّ: لو اشتَرى القَرعةَ، فوَجَدها مُرّةً بعد الكَسرِ: له أن يَرجِعَ بجَميعِ الثَّمَن قَليلًا كان أو كَثيرًا؛ لأنه لا قِيمةَ لها بعد الكَسرِ.

(ولو باع) الْمُشتَري (الْمَبيعَ) الذي اشتَراه (فرَدَّ) الْمُشتَري منه (عليه) أي على الْمُشتَري الأوَّلِ (بعَيبٍ) أي بسَبَب عَيبٍ (بقَضاء) القاضِي (رَدَّه) أي رَدَّ الْمُشتَري الأوَّلُ الْمَبيعَ الْمَعيبَ (على بائعِه) لأن الرَّدَّ بالقَضاء فَسخٌ في حقِّ الكلِّ، فيكونُ كأنه لم يَبِعه.

(ولو) كان الرَّدُّ (برِضًا) أي بالتَّراضِي من غَير قَضاءِ القاضِي (لا) يَرُدُّه على بائعِه، وقِيل: في عَيبٍ لا يَحدُث مِثلُه، كالإصبَع الزّائدةِ: يَرُدُّ؛ للتَيقُّن به عند البائعِ الأوَّلِ، والأصحُّ أنه لا يَرُدُّ عليه في الكُلِّ.

وهذا إذا كان الرَّدُّ بعد القَبضِ، وإن كان قبلَه فله أن يَرُدَّه على بائعِه وإن كان بالتَّراضي في غَير العَقارِ؛ لأن بيعَ غيرِ العَقارِ قَبل القَبضِ لا يجوزُ، فلا يُمكِن جَعلُه بيعًا جَديدًا في حَقِّ غيرِهما، فجُعِل فسخًا في حقِّ الكلِّ.

وفي العَقارِ اختِلافُ الْمَشايخ على قَول أبي حنيفةَ، والأظهرُ أنه بَيعٌ جديدٌ في حقِّ البائعِ الأوَّلِ، وعند محمدٍ: فَسخٌ، وعند أبي يوسفَ[1]: بَيعٌ في حقِّ الكلِّ.

(١) في (ب): أبي حنيفة.

ولو قَبَض الْمُشتَرِي الْمَبيعَ، وادَّعى عَيبًا: لم يُجبَر على دَفعِ الثَّمَن، ولكنْ يُبرهِنُ، أو يُحلِّفُ بائِعَه، ....

ولا فَرق بين أن يكونَ قضاءُ القاضِي ببيِّنةٍ، أو بإقرارٍ، أو بنُكولٍ، وقال محمدٌ: لا يُرَدُّ على بائعِه إن رُدَّ عليه ببيِّنةٍ؛ لأنه أنكر قِيامَ العَيبِ به، فيكونُ إقرارًا منه على أنه سَليمٌ، قُلنا: قد صار مُكذَّبًا شرعًا، فبَطَل إقرارُه، وقال زفرُ: لا يَرُدُّه على بائعِه إذا كان القَضاءُ بإقرارٍ أو نُكولٍ.

(ولو قَبَض الْمُشتَرِي الْمَبيعَ وادَّعى عَيبًا) فيه (لم يُجبَر) الْمُشتَرِي (على دَفعِ الثَّمَن) إلى البائِع؛ لاحتِمال أن يكونَ صادِقًا في دَعواه (ولكنْ) الْمُشتَرِي (يُبرهِنُ) أي يُقيمُ البَيِّنةَ لإثباتِ العَيبِ بأنه وُجِد بالْمَبيع عنده، أي عند الْمُشتَرِي؛ لأنه إذا لم يُوجَد العيبُ عنده ليس له أن يَرُدَّه بالعَيب، وإن كان به عند البائعِ؛ لاحتِمال أنه زال، فإذا بَرهَن أنه وُجِد عندَه يَحتاجُ أن يُبرهِنَ أيضًا أن هذا العَيبَ كان به عند البائعِ؛ لاحتِمال أنه حَدَث عنده، فلا يَستحِقُّ عليه الرَّدَّ، فإذا ثَبَت أنه كان فيه عند البائعِ فُسِخ العقدُ بينهما؛ لثُبوتِه في الحالَين عنده وعند البائعِ.

(أو يُحلِّفُ بائِعُه) إذا لم يكن للمُشتَرِي بَيِّنةٌ على وُجودِ العَيبِ عنده، وقِيامِه في الحال على قَولِهما؛ لأنه لو أقَرَّ به لَزِمه، فإذا أنكَرَه يُحلَّف، فإن حَلَف بَرِئ، وإن نَكَل ثَبَت قِيامُ العَيبِ للحال، ثم يُحلَّف ثانِيًا على أن هذا العَيبَ لم يكن فيه عنده، فإن حَلَف بَرِئ، وإن نَكَل فَسَخ القاضِي العقدَ بينهما.

فإن قال: شُهودِي بالشّام: دَفَع إن حَلَف بائِعُه، فإن ادَّعى إباقًا: لم يُحلَّف بائِعُه حتى يُبرهِنَ الْمُشتَرِي أنه أَبَق عنده، فإن بَرْهَن: حُلِّف ....

واختلَفوا على قول أبي حنيفة، فقِيل: يُحلَّف، وقِيل: لا يُحلَّف، وهو الأصحُّ؛ لأن الحَلِفَ يَترتَّب على دَعوى صَحيحةٍ، ولا تَصِحُّ الدَّعوى إلا من خَصمٍ، ولا يَصيرُ خَصمًا فيه إلا بعد قِيامِ العَيبِ عنده، ولا يَلزَم من تَرتُّبِ البيِّنةِ تَرتُّبُ اليَمينِ، كما في الحُدود والأشياءِ السِّتّةِ.

(فإن قال) الْمُشتَري (شُهودِي بالشّام: دَفَع) الثَّمنَ (إن حَلَف بائِعُه) لأن في الانتِظارِ ضرَرًا بالبائِع، وليس فيه كَثيرُ ضرَرٍ على الْمُشتَري؛ لأنه على حُجّته متى أقامَها رَدَّ عليه الْمَبيعَ، وأخَذ منه الثَّمَنَ، وإن نَكَل البائِعُ لَزِم البيعُ[1]؛ لأن النُّكولَ حُجّةٌ فيه، بخِلاف الحُدودِ؛ حيث لا يكونُ فيها حُجّةً، ولهذا لم يُحلَّف فيها.

(فإن ادَّعى) الْمُشتَري (إباقًا) أي إباقَ العبدِ الَّذي اشتَراه، فأنكَر البائِعُ، وأرادَ الْمُشتَري تَحليفَه (لم يُحلَّف بائِعُه) أي بائعُ العبدِ (حتى يُبرهِنَ) أي يُقيمَ البيِّنةَ (الْمُشتَري أنه) أي أن العبدَ (أَبَق عنده) أي عند نفسِه (فإن بَرْهَن) أي الْمُشتَري، أي أقامَ بيِّنةً (حُلِّف) البائِعُ حينَئذٍ؛ لأن البائعَ لم يَنتصِب خصمًا حتى يُثبِتَ الْمُشتَري أن العَيبَ وُجِد فيه عند الْمُشتَري عند أبي حنيفةَ، وعندهما: يُحلَّف، وقد مَرَّ آنِفًا.

ثم كَيفيّةُ التَّحليفِ: ....

---

(١) في (ج) و(هـ): لزم المبيع، وفي (د): لزمه البيع.

بالله ما أَبَق عندك قَطُّ.

أن يُحلَّفَ (بالله ما أَبَق عندك[1] قَطُّ) والأحوطُ أن يُحلَّفَ بالله ما أَبَق قَطُّ، أو بالله ما يُستحَقُّ عليك الرَّدُّ من الوَجه الذي[2] ذَكَره، أو بالله لقد سَلَّمه وما به هذا العَيبُ.

ولو كانَت الدَّعوى في إباقِ العبدِ الكَبيرِ: يُحلَّف بالله ما أَبَق مُنذُ بَلَغ مَبلَغَ الرِّجالِ؛ لأن الإباقَ في الصَّغير يَزولُ بالبُلوغ.

ولا يُحلِّفه بالله لقد باعَه وما به هذا العَيبُ، ولا بالله لقد باعَه وسَلَّمه وما به هذا العَيبُ.

هذا في العُيوب الَّتي لا تَظهرُ للقاضِي، ولا يُعرَف أهي حادِثةٌ عند الْمُشتَري أم لا، وأما العُيوبُ التي لا يَحدُثُ مِثلُها[3]، كالإصبَع الزّائدةِ أو النّاقصةِ: فإنَّ القاضِيَ يَقضي بالرَّدِّ من غَير تَحليفٍ؛ لتَيقُّنه بوُجوده عند البائعِ، إلا إذا ادَّعى البائِعُ رِضا الْمُشتَري به، وأثبَته بطَريقه.

فالحاصِلُ أن العُيوبَ أنواعٌ:

الأوَّلُ: أن يكونَ ظاهِرًا للحاكِم، فحُكمُه ما ذكَرْنا.

والثّاني: ما لا يَعرِفه إلا الأطِبّاءُ، كوَجَع الكَبِد والطِّحالِ، فمَعرِفتُه[4] إذا أنكَر البائِعُ بقَولهم، فيُقبَل في قِيامِ العَيبِ للحال وتَوَجُّهِ الخُصومةِ:

---

(١) في (أ): عنده، وفي (هـ): عبدك.

(٢) في (ب): عليك الرد الذي.

(٣) في (ز) و(ح): لا يحدث مثلها عند المشتري كالإصبع الزائد. وانظر «التبيين» ٢/ ٤٩.

(٤) في (ب): كوجع العبد فمعرفته.

والقَولُ في قَدْر الْمَقبوضِ: للقابِض.

ولو اشتَرى عَبدَين صَفْقةً، ....

قولُ واحِدٍ منهم عَدلٍ، ثم لا بُدَّ من عَدلَين لإثباتِه عند البائعِ، فيُرَدُّ عليه إذا لم يَدَّعِ الرِّضا به.

والثّالِثُ: عُيوبٌ لا يَعرِفُها إلا النِّساءُ، كالرَّتَق والعَفَل[1]، فيُقبَل في قِيامِه للحال قولُ امرَأةٍ واحِدةٍ ثِقةٍ، ثم إن كان بعدَ القبضِ لا يُرَدُّ بقَولهِنَّ، بل لا بُدَّ من تَحليف البائعِ، وإن كان قبلَه كذلك عند محمدٍ، وعند أبي يوسف: يُرَدُّ بقَولهِنَّ من غَير يَمينِ البائعِ.

والرّابعُ: عُيوبٌ غيرُ ظاهِرةٍ للقاضِي، ولا يَختصُّ بمَعرِفتها لا[2] الأطِبّاءُ ولا النِّساءُ، كالإباق ونحوِه، فحُكمُه ما ذكَرْناه.

(والقَولُ في قَدْر الْمَقبوضِ) من الْمَبيعِ **(للقابِض)**؛ لأنه هو الْمُنكِرُ، حتى إذا رَدَّ الْمُشتَري جارِيةً بعَيبٍ أو عبدًا بعد القبضِ، فقال البائعُ: كُنتُ بِعتُك معه غيرَه، وقال الْمُشتَري: (بِعتَنيه وحدَه): فالقولُ قولُ الْمُشتَري، كما ذكَرْنا.

(ولو اشتَرى) شخصٌ **(عَبدَين صَفْقةً)** يَعني: في عقدٍ واحِدٍ ....

(١) في سوى (ز) و(ح): والعقل. وانظر «التبيين» ٤/ ٤٠، والعفل هو: شيء مدور يخرج بالفرج، ولا يكون في الأبكار، وإنما يصيب المرأة بعدما تلد، وعن الليث: عفِلت المرأة عَفَلًا فهي عفلاء، وكذا الناقة، والاسم العفْلة، وهي شيء يخرج في فرجها شبه الأدرة. «المغرب» ص٣٢٠.

(٢) في (ه): إلا. وانظر «التبيين» ٤/ ٤٠.

فقَبَض أحَدَهما، ووَجَد بأحَدِهما عَيبًا: أَخَذهما، أو رَدَّهما.

ولو وَجَد ببَعضِ الكَيليِّ أو الوَزنيِّ عَيبًا: رَدَّ كلَّه، أو أَخَذه، ....

(فقَبَض أحَدَهما) أي أحدَ العَبدَين (ووَجَد بأحَدِهما عَيبًا) فهو مُخيَّر إن شاء (أَخَذهما) أي العَبدَين جميعًا (أو رَدَّهما) جميعًا، وليس له أن يَرُدَّ الْمَعيبَ وحدَه؛ لأن فيه تَفريقَ الصَّفْقةِ قَبل التَّمامِ، وعن أبي يوسف: أنه إذا وَجَد العَيبَ بالْمَقبوض له أن يَرُدَّه وحدَه؛ لأن الصَّفْقةَ فيه تَمَّت؛ لتَناهيها في حقِّه.

ولو قَبَضهما، ثم وَجَد بأحَدهما عَيبًا: رَدَّ الْمَعيبَ وحدَه، خِلافًا لزفرَ، فعنده: ليس له أن يَرُدَّه وحدَه؛ لأن فيه تَفريقَ الصَّفْقةِ، قُلنا: إنه تَفريقُ الصَّفْقةِ بعد التَّمامِ، فلا يَمنَع من الرَّدِّ وحدَه.

(ولو وَجَد) الْمُشتَري (ببَعضِ الكَيليِّ) مِثلِ البُرِّ والشَّعيرِ (أو الوَزنيِّ) مِثلِ الزَّبيبِ[1] ونحوِه (عَيبًا: رَدَّ كلَّه أو أَخَذه) أي أو أَخَذ كلَّه بعَيبه؛ لأنه كالشَّيء الواحِدِ، فليس له أن يَأخُذَ البعضَ، سواءٌ كان قبلَ القبضِ أو بعدَه، كالثَّوب الواحِدِ إذا وَجَد ببَعضه عَيبًا، بخِلاف العَبدَين.

ولا فرقَ بين ما إذا كان في وِعاءٍ واحِدٍ أو في وِعاءَين، وقِيل: إذا كان في وِعاءَين يكونُ بمَنزِلة عَبدَين، حتى يُرَدُّ الوِعاءُ الذي وُجِد فيه العَيبُ وحدَه.

---

(١) في (ز) و(ح): الزيت.

ولو استُحِقَّ بعضُه: لم يُخيِّر في رَدِّ ما بَقِي، ولو ثوبًا: خُيِّر.

واللُّبسُ، والرُّكوبُ، والْمُداواةُ: رِضًا بالعَيب، لا الرُّكوبُ للسَّقيِ أو للرَّدِّ، أو لشِراء العَلَف.

(ولو استُحِقَّ بعضُه) أي بعضُ الكَيليِّ أو بعضُ الوَزنيِّ (لم يُخيَّر) الْمُشتَري (في رَدِّ ما بَقِي) لأن الشِّرْكةَ فيه لا تُعَدُّ عَيبًا؛ لأن التَّبعيضَ لا يَضرُّهما (ولو) كان الذي استُحِقَّ بعضُه (ثوبًا خُيِّر) الْمُشتَري في رَدِّ[1] ما بَقِي؛ لأن التَّبعيضَ فيه عَيبٌ.

هذا إذا كان بعد القبضِ، أما إذا استُحِقَّ بعضُ الكَيليِّ أو الوَزنيِّ قَبل القبضِ: فله أن يَرُدَّ ما بَقِي؛ لتَفرُّق الصَّفْقةِ على الْمُشتَري قَبل التَّمامِ.

(واللُّبسُ) أي لُبسُ الثَّوبِ بعد اطِّلاعِه على العَيب (والرُّكوبُ) أي رُكوبُ الدَّابَّةِ بعدَه، (والْمُداواةُ) أي التَّداوِي بالْمَبيع بعد اطِّلاعِه على العَيبِ، أو مُداواةُ الْمَبيعِ، بأن كان عبدًا فسَقاهُ دواءً (رِضًا بالعَيب) لأنه دَليلُ استِبقائِه وإمساكِه.

وكذا الإجارةُ، والرَّهنُ، والكِتابةُ، والعَرضُ على البيعِ، والسُّكنى، بخِلاف خِيارِ الشَّرطِ؛ فإن اللُّبس ونحوَه ليس فيه دَليلُ اختيارِه الْمِلكَ فيه.

(لا) يكونُ (الرُّكوبُ للسَّقيِ) أي لسَقيِ الدَّابَّةِ من الحَوض أو النَّهرِ ونحوِهما (أو للرَّدِّ) أي أو لأجلِ رَدِّها على صاحِبها (أو لشِراء العَلَف) لها.. لا يكون رِضًا بالعَيب؛ استِحسانًا؛ للاحتِياج إليه.

---

(١) في (د): في أداء ما بقي.

ولو قُطِع الْمَقبوض بسَبَبٍ عند البائعِ: رَدَّه، واستَرَدَّ الثَّمَنَ.

وقِيل: تَأويلُه إذا لم يكن له من الرُّكوب بُدٌّ، بأن كان العلَفُ في عِدلٍ واحِدٍ، أو لا تَنساقُ ولا تَنقادُ، وقِيل: الرُّكوبُ للرَّدِّ لا يكونُ رِضًا كيفما كان، ولغَيره يكونُ رِضًا، إلا عن ضَرورةٍ.

وفي «الخُلاصَة»: لو حَمَل عَلَفَ دابّةٍ أُخرى رَكِبَها أو لم يَركَبها: فهو رِضًا.

(ولو قُطِع) يدُ العبدِ الْمُشتَرى (الْمَقبوض) بيَد الْمُشتَري (بسَبَبٍ) كان (عند البائعِ) ولم يَعلَم الْمُشتَري ذلك (رَدَّه) الْمُشتَري عند أبي حنيفةَ على البائعِ (واستَرَدَّ الثَّمَنَ) منه، وعندهما: ليس له أن يَرُدَّه؛ لحُدوثِ العَيبِ عنده، وهو القطعُ، فيَرجِع بالنُّقصان، وهو ما بينَ قِيمتِه سارِقًا إلى غَير سارِقٍ، فيَرجِعُ بفَضلِ ما بينهما من الثَّمَن.

وله: أن سبَبَ الوُجوبِ وُجِد عند البائعِ، والوُجوبُ يُفضِي إلى الوُجود، فيكونُ مُضافًا إلى السَّبَب السّابِق، فصار كما إذا قُتِل الْمَغصوبُ بعد الرَّدِّ بجِنايةٍ وُجِدت في يدِ الغاصِبِ.

وعلى هذا الخِلافِ: إذا قُتِل بسبَبٍ كان وُجِد في يَد البائعِ، مِن قَتلِ نفسٍ، أو قَطعِ طَريقٍ، أو رِدّةٍ.

ولو مات بعد القَطعِ حَتْفَ أنفِه: يَجِب أن يَرجِعَ بنِصف الثَّمَن عنده؛ لأنه كالاستِحقاقِ عندَه.

ولو بَرِئ من كلّ عَيبٍ صحّ، وإن لم يُسَمِّ الكُلَّ، ....

ولو سَرَق عند البائع، ثم عند المُشتَري، فقُطِع بهماك يَرجع بالنُّقصان عندهما، وعنده: لا يَردُّه بغَير رِضا البائعِ للعَيبِ الحادِثِ عندَه، ولكن يَرجِع بِرُبُع الثَّمَن؛ لأن اليدَ قُطِعت بهما، فيَرجِعُ بقَدْر ما فات بسبَبٍ كان في يدِ البائعِ، وإن رَضِي البائعُ بأخذه يَرجِع بثَلاثةِ أرباعِ الثَّمَن، ويَسقُط الرُّبُعُ.

ولو تَداولَتْه الأيدي، فقُطع عند الأخيرِ، أو قُتِل: يَرجِع الباعةُ بعضُهم على بعضٍ عند أبي حنيفةَ، وعندهما: يَرجع الأخيرُ على بائِعه بالنُّقصان، ثم هو لا يَرجع على بائِعه.

(**ولو بَرِئ**) البائعُ (**من كلّ عَيبٍ**) بأن باع عبدًا، واشتَرَط أنه بريءٌ من كلّ عَيبٍ فيه (**صحّ**) البيعُ عندنا بهذا الشَّرطِ (**وإن لم يُسَمِّ الكُلَّ**) أي جَميعَ العُيوبِ.

وقال الشّافعيُّ: لا يصِحُّ إلا أن يَعُدَّ العُيوبَ كلَّها، وفي جَواز البيعِ بهذا الشَّرطِ له قَولان: الإبراءُ عن الحُقوق المَجهولةِ لا يصِحُّ عنده؛ لأن في الإبراءِ مَعنى التَّمليكِ، حتى يَرتَدُّ بالرَّدِّ، ولا يصِحُّ تَعليقُه بالشَّرط، وتَمليكُ المَجهولِ لا يصِحُّ، كبَيعه، وبه قال أحمدُ.

ونحن نقولُ: هذه الجَهالةُ لا تُفضِي إلى المُنازَعة، فلا تَمنَع الصِّحّةَ، وعند زفرَ: البيعُ جائِزٌ، والشَّرطُ فاسِدٌ إذا كان مَجهولًا، حتى إذا ذَكَر العُيوبَ وعَدَّدها: صَحَّت البَراءةُ عنها.

ولا يَرُدُّ بعَيبٍ.

ثم قال أبو يوسف: يَدخُل في الإبراءِ الْمَوجودُ من العَيب، والحادِثُ منه قبل القَبضِ؛ لأن غرَضَ البائعِ إلزامُ الْمُشتَري بالعَقد، ولا يَتِمُّ اللُّزومُ إلا بأن يَعُمَّ الحادِثَ والْمَوجودَ، وقال محمدٌ: لا يَدخُل الحادِثُ؛ لأن البَراءةَ إنما تكونُ عما هو ثابِتٌ، فتَختصُّ بالْمَوجود، وبه قال مالِكٌ.

ولو شَرَط البَراءةَ من كلِّ عَيبٍ به[1] لم يَنصرِف إلى الحادِثِ في قَولِهم جَميعًا؛ لأنه خَصَّ الْمَوجودَ وقتَ العقدِ بالبَراءةِ.

(ولا يَرُدُّ) الْمُشتَري بعد ذلك (بعَيبٍ) أصلًا، سواءٌ كان مَوجودًا أو حادِثًا قَبل القبضِ، خِلافًا لمحمدٍ، كما ذكَرْناهُ.

وفي «الخُلاصة»: ولو تَبرَّأ البائِعُ من كلِّ عيبٍ: يَدخُل فيه العُيوبُ والأدواءُ، فإن تَبرَّأ من كلِّ داءٍ: كان على الْمَرَض، ولا يَدخُلُ فيه الكَيُّ والإصبَعُ الزّائدةُ، ولا أَثرُ قَرحٍ قد بَرِئ، وعن أبي حنيفةَ: الدّاءُ هو الْمَرَضُ الَّذي في الجَوف من طِحالٍ أو كَبِدٍ أو نحوِ ذلك.

وفيها أيضًا: رجلٌ باع عبدًا أو جارِيةً وقال: أنا بَريءٌ من كلِّ داءٍ، ولم يَقُل: (مِن كلِّ عَيبٍ): فإنه لا يَبرأُ عن العُيوبِ؛ لأن الدّاءَ يَدخُل في العُيوب، أما العَيبُ فلا يَدخُل في الدّاء.

---

(١) قال في «الدر والرد» ٥/ ٤٢: وصح البيع بشرط البراءة من كل عيب، بأن قال: بعتك هذا العبد على أني بريء من كل عيب.
ووقع في العيني لفظ (فيه) وهو سهو؛ لما يأتي. «نهر». قلت: ولا خصوصية لهذا اللفظ، بل مثله كل ما يؤدي معناه.

....

وفيها أيضًا: لو قال لِمُشتَرِي الجارِيةِ: بَرِئتُ إليك مِن كلِّ عَيبٍ بعَينِها، فإذا هي عَوراءُ: لا يَبرأُ، وكذا لو قال: بَرِئتُ إليك من كلِّ عَيبٍ بيَدِها، وهي مَقطوعةُ اليدِ؛ لأن البَراءةَ عن عَيبِ اليدِ والعَينِ تكونُ حالَ قِيامِ اليدِ والعَينِ، لا حالَ عدَمِهما، واللهُ أعلمُ.

﴿ باب البيعِ الفاسِدِ ﴾

لم يَجُز بيعُ الْمَيْتةِ، والدَّمِ، والخِنزيرِ، والخَمرِ، والحُرِّ، وأُمِّ الوَلَد، و

هذا (باب) في بَيانِ أحكامِ (البيعِ الفاسِدِ)

البيعُ على أربَعةِ أقسامٍ:

صَحيحٌ: وهو الْمَشروعُ بأصلِه ووصفِه، كبَيعِ ثوبٍ وعبدٍ بأحَد النَّقدَين ونحوِهما، ويُفيدُ الحُكمَ بنَفسه إذا خَلا عن الْموانِع.

وباطلٌ: وهو غيرُ مَشروعٍ أصلًا، كبَيع الخَمر، والخنزير، والحُرِّ، والْمَيْتةِ، والدَّمِ.

وفاسِدٌ: وهو مَشروعٌ بأصلِه دون وصفِه، كبَيع ثوبٍ بخَمرٍ، والبيعِ بشَرطٍ لا يَقتَضيه العقدُ، وهو يُفيدُ الحُكمَ إذا اتَّصَل به القبضُ.

والفاسِدُ أعَمُّ من الباطِلِ؛ لأن كلَّ باطِلٍ فاسِدٌ، ولا يَنعكِسُ، وهذا لأن الباطِلَ مُضمَحِلُّ الأصلِ والوصفِ جَميعًا، والفاسِدُ مُضمَحِلُّ الوصفِ دون الأصلِ، كالجَوهَر إذا تَغيَّر واصفَرَّ يُقالُ: فَسَد، وإذا لم يَبقَ صالِحًا لشيءٍ يُقالُ: بَطَل.

وموقوفٌ: وهو يُفيدُ الحُكمُ على سَبيلِ التَّوقُّفِ، وامتَنَع تَمامُه لأَجْل غيرِه، وهو بيعُ مِلكِ الغَيرِ.

(لم يَجُز بيعُ الْمَيْتةِ، و) بيعُ (الدَّمِ، و) بيعُ (الخِنزيرِ، و) بيعُ (الخَمرِ، و) بيعُ (الحُرِّ، و) بيعُ (أُمِّ الوَلَد، و) بيعُ ....

الْمُدبَّرِ، والْمُكاتَب، فلو هَلَكوا عند الْمُشتَري: لم يَضمَن.

(الْمُدبَّرِ) الْمُطْلَقِ، خِلافًا للشّافعيِّ ومالِكٍ وأحمدَ، والْمُقيَّدُ يجوزُ بيعُه إجماعًا (و) بيعُ (الْمُكاتَب) سواءٌ رضِيَ أوْ لا، وفي رِوايةٍ: إن رضِيَ يجوزُ، وهو الأظهَرُ.

وإنما لم يَجُز بيعُ هذه الأشياءِ: لعَدَم رُكنِ البيعِ، وهو مُبادَلةُ المالِ بالمالِ، وهذه البُيوعُ كلُّها باطِلةٌ.

وجِلدُ الْمَيْتةِ كالخَمر فيما ذَكَره صاحِبُ «الْمُحيطِ»، وجَعَله البَزْدَويُّ كالْمَيْتة؛ لأنه جُزؤُها، وكذا البيعُ بالبَول باطِلٌ لا اعتِبارَ له، وكذا بيعُ الْمُحرِمِ الصَّيدَ؛ لأن صَيدَ البرِّ حَرامٌ عليه كالْمَيْتةِ، فيكونُ بيعُه باطِلًا.

(فلو هَلَكوا) أي الحُرُّ، وأُمُّ الولدِ، والْمُدبَّرُ، والْمُكاتَبُ (عند الْمُشتَري: لم يَضمَن) شيئًا؛ لأن العقدَ في الباطِلِ غيرُ مُعتبَرٍ، فبقِيَ القبضُ بإذن المالِكِ، وقيل: يَضمَن في الْمُدبَّر وأُمِّ الوَلَد؛ لأنه لا يكونُ أدنى حالًا من الْمَقبوض على سَوم الشِّراءِ، وقِيل: الأوَّلُ قولُ أبي حنيفةَ، والثّاني قولُهما.

وفي «الإيضاح»: إذا كان أحدُ البدَلَين مُدبَّرًا، أو مُكاتَبًا، أو أُمَّ ولدٍ: مُلِك بالقَبض، وجَعَل صاحِبُ «الهِدايةِ» وغيرُه بيعَ هؤلاء من الباطِل، والصَّوابُ ما قالَه صاحِبُ «الإيضاحِ»؛ لأن الْمِلكَ قائِمٌ بالْمَحلِّ.

وإنما لا يصِحُّ البيعُ: لحَقِّه في نفسِه، فاعتُبِر ذِكرُه في حقِّ ما يُقابِلُه، حتى لا يَبطُلُ العقدُ فيما ضُمَّ إلى واحِدٍ منهم وبِيعَ معه، ولو كان كالحُرِّ

والسَّمَكِ قَبل الصَّيدِ، ....

لبَطَل، ويُؤوَّل ما قالَه صاحِبُ «الهِدايةِ» على أنه باطِلٌ في حقِّ نفسِه لا في حَقِّ ما يُقابِلُه.

ثم اعلَم أن قِيمةَ الْمُدبَّر ماذا[1] فيه اختِلافُ الْمَشايِخ، قال في «الفَتاوى الصُّغرى»: قال بعضُهم: تَمامُ قِيمةِ القِنِّ، وهذا غيرُ سَديدٍ.

وذَكَر الشَّيخُ الإمامُ القاضِي عليٌّ السّغديُّ[2] في «فَوائِده»: قِيمتُه ثُلُثا قِيمةِ القِنِّ، وقيمةُ أُمِّ الولدِ ثُلُثُ قِيمةِ القِنِّ.

وذَكَر خَواهَرْ زادَه في شَرحِ كِتابِ الدَّعوى: في قِيمةِ الْمُدبَّر اختِلافُ الْمَشايِخ، قال بعضُهم: نِصفُ قِيمةِ القِنِّ، وهكذا في «فَتاوى» الفَقيهِ أبِي اللَّيث، وبه يُفتى.

وبعضُهم قالُوا: قِيمتُه قِيمةُ الخِدمةِ، يُنظَر بِكَم يُستخدَم هو مُدّةَ عُمُره من حيثُ الحَزْر والظَّنُّ.

وما قاله خَواهَرْ زادَه هو الأصحُّ، وعليه الفَتوى.

(و) لم يَجُز أيضًا بيعُ **(السَّمَكِ قَبل الصَّيدِ)** أي قَبل الاصطِيادِ، لِما رُوِي أنه عَلَيهِ الصَّلاةُ وَالسَّلامُ نَهى عن بَيع الغَرَر، رَواه أحمدُ ومسلمٌ وأبُو داوُدَ[3].

---

(١) كذا في النسخ، ومثله في «البناية» ٨/ ١٤٥، وفي (هـ): ما إذا.

(٢) في سوى (أ): السعدي.

(٣) الإمام أحمد (٢٧٥٢)، ومسلم (١٥١٣)، وأبو داود (٣٣٧٦).

والطَّيرِ في الهَواء، ....

ثم هو على نوعَين، إما أن يَبيعَه قبل أن يَأخُذَه، أو بعدَه، فالأوَّلُ لا يجوزُ؛ لما قُلنا، والثّاني.. إن ألقاهُ في الحَظيرة، وكانَت كَبيرةً بحيث لا يُمكِن أخذُه إلا بحِيلةٍ: لا يجوزُ أيضًا، وإن كانَت صَغيرةً بحيث يُمكِن أخذُه بغَير حِيلةٍ: جاز؛ لأنه باع ما يَملِكه وهو مَقدورُ التَّسليمِ.

ويَثبُت للمُشتَري خِيارُ الرُّؤية، ولا يُعتَدُّ[1] برُؤيتِه في الماء.

فإن اجتَمَع السَّمَكُ في الحَظيرة بنَفسه من غَيرِ صُنعِه، ولم يَسُدَّ عليه المَدخَلَ: لا يجوزُ بيعُه، سواءٌ أمكَنه الأخذُ بحِيلةٍ أو بغَيرِها.

(و) لم يَجُز أيضًا بيعُ (الطَّيرِ في الهَواء) لأنه غيرُ مَملوكٍ له قَبل الأخذِ، وبعدَه غيرُ مَقدورِ التَّسليمِ، هذا إذا كان يَطيرُ ولا يَرجِعُ، وإن كان له وَكرٌ يَطيرُ منه في الهَواء ثم يعودُ إليه: جاز بيعُه؛ لأنه يُمكِن أخذُه من غَير حِيلةٍ.

وعلى هذا: لو باع صَيدًا من قَبل أخذِه لا يجوزُ، وبعدَه يجوزُ إن كان في يَده، أو مَحبوسًا في مَكانٍ يُمكِن أخذُه من غَير حِيلةٍ، وإن لم يُمكِن إلا بحِيلةٍ لا يجوزُ؛ لعَدَم القُدرةِ على التَّسليم.

ولو اجتَمَع في أرضِه الصَّيدُ، فباعَه من غَير أخذِه: لا يجوزُ؛ لأنه لا يَملِكه، ولهذا لو باضَ فيها صيدٌ، ....

(١) في (ب): ولا يعقل، وفي (د): ولا يعتبر.

والحَمْل، والنِّتاجِ، ....

أو تكنَّسَ[1] ظَبيٌ: يكونُ لمن أخذه؛ لعَدَم مِلكِه إيّاهُ، بخِلاف ما إذا عَسَّل فيه النَّحلُ؛ حيث يَملِكُه؛ لأن العَسَلَ قائِمٌ بأرضِه على وَجه القَرارِ، كالأشجار.

هذا إذا لم يُهيِّئ أرضَه لذلك، فإن هَيَّأها، بأن حَفَر فيها بِئرًا للاصطِياد، أو نَصَب شَبَكةً فدَخَل فيها صَيدٌ، أو تَعلَّق به: مَلَكه؛ ألا تَرى أنه لو حَطَّ طَشتًا[2] ليَقَعَ فيه المطَرُ، فوَقَع فيه: مَلَكه، وكذا لو بَسَط ذَيلَه للنِّثارِ[3] ليَقَعَ فيه الشَّيءُ المَنثورُ: مَلَكه بالوُقوع فيه.

(و) لم يَجُز أيضًا بيعُ (الحَمْل) وهو ما كان في البَطن (و) لا بيعُ (النِّتاجِ) وهو ما يَحمِلُه هذا الحَمْلُ؛ لنَهيِه عَلَيْهِ الصَّلَاةُ وَالسَّلَامُ عن بَيع حَبَلِ الحَبَلةِ[4]، رَواهُ مسلمٌ وأحمدُ وأبو داوُدَ[5]، ونَهى رَسولُ اللهِ صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ عن شِراءِ ما في بُطون الأنعامِ حتى تَضَعَ، وعن بَيع ما في ضَرعِها إلا بكَيلٍ، وعن شِراءِ العبدِ وهو آبِقٌ، وعن شِراءِ المَغانِمِ حتى تُقسَمَ، وعن شِراءِ

---

(١) كنس الظبي: دخل في الكِناس، كُنوسًا، من باب طلب، وتكنس مثله. «المغرب» ص٤١٧. وكِناس الظبي بالكسر: بيته. «المصباح» ٢/ ٥٤٢.

(٢) في (ب): طستا.

(٣) أي عند نثر الدراهم أو الفلوس أو الحلوى في الأفراح.

(٤) حَبَل الحَبَلة: بفتح الجميع: ولد الولد الذي في بطن الناقة وغيرها، وكانت الجاهلية تبيع أولاد ما في بطون الحوامل، فنهى الشرع عن بيع حبل الحبلة، وعن بيع المضامين والملاقيح. «المصباح» ١/ ١١٩.

(٥) الإمام أحمد (٣٩٤)، والبخاري (٢١٤٣)، ومسلم (١٥١٤)، وأبو داود (٣٣٨٠).

واللَّبَنِ في الضَّرعِ، واللُّؤلؤِ في الصَّدَفِ، ....

الصَّدَقاتِ حتى تُقبَضَ، وعن ضَربةِ الغائِصِ[1]، رَواهُ أحمدُ والتِّرمذيُّ وابنُ ماجه[2].

(و) لم يَجُز أيضًا بيعُ (اللَّبَنِ في الضَّرعِ) لما روَيْنا، ويجوزُ عند مالِكٍ إذا كان أيّامًا مَعلومةً لو عَرَف قَدْر حِلابِها.

(و) لم يَجُز أيضًا بيعُ (اللُّؤلؤِ في الصَّدَفِ) لأن فيه غَرَرًا، وقد نهى عنه عَلَيْهِ السَّلَامُ[3]، ألا ترى أنه مجهولٌ ولا يُعلَمُ وجودُه فيه ولا قَدْرُه، ولأنه لا يُمكن تسليمُه إلا بضرر، وهو كسرُ الصَّدَف، وعن أبي يوسف أنه يجوزُ بيعُه؛ لأن الصَّدَف لا يُنتفع به إلا بالكسر، فلا يُعَدُّ ضررًا، قلنا: هو مجهولٌ، بخلاف ما إذا باع تراب الذهب والحبوب في غلافها، حيث يجوز؛ لكونها معلومةً، ويُمكن تجربتُها بالبعض.

---

(1) في (أ) و(ج): القانص، وفي (ب): العارص. والمعنى: أن يقول الغائص في البحر للتاجر: أغوص غوصة، فما أخرجته فهو لك بكذا، نهى عنه لأنه غرر. «النهاية» ٣/ ٧٩.

وقال في «طلبة الطلبة» ص١٤٥: هو الذي يغوص في البحر أي يدخل فيه لاستخراج الدرر ونحوها، والغواص من صار ذلك حرفة له، وهو نهي عن قول الرجل يغوص لك في البحر: فما أخذته فهو لك بكذا، وهذا لا يجوز؛ لأنه غرر، ويروى عن ضربة القانص، بالقاف والنون، وهو الصائد، يقال: قنص من حد ضرب، أي صاد، والقناص الصياد، وهو أن يقول: أضربُ كذا للاصطياد، فما أخذته فهو لك بكذا، وهو غرر أيضًا فلم يجز.

(2) الإمام أحمد (١١٣٧٧)، والترمذي (١٥٦٣) مختصرًا، وابن ماجه (٢١٩٦).

(3) تقدم قريبًا.

والصُّوفِ على ظَهر الغَنَم، والجِذعِ في السَّقْف، ....

(و) لم يَجُز أيضًا بيعُ (الصُّوفِ على ظَهر الغَنَم) لما رُوِي أنه عَلَيْهِ الصَّلَاةُ وَالسَّلَامُ نَهى أن يُباعَ ثَمَرٌ حتى يُطعَمَ، وصُوفٌ على ظهرٍ، أو لَبَنٌ في ضَرعٍ، أو سَمنٌ في لبَنٍ، رَواهُ الدّارَقُطنيُّ(١).

وعن أبي يوسف: أنه يجوزُ بيعُه؛ لأنه مَقدورُ التَّسليمِ في الحال، وبه قال مالِكٌ.

وفي «الفَتاوى الصُّغرى»: بيعُ الصُّوفِ على ظَهرِ الغنَمِ لا يجوزُ؛ لأنه يَنمو من أسفَله، أما بيعُ قَوائِمِ الخِلافِ(٢): فالقِياسُ أن لا يجوزَ، ولكن جاز لتَعامُل النّاسِ فيه، ولأن النُّمُوَّ من أعلاهُ لا من أسفَله، فلا يَتمكَّن الغرَرُ، وبيعُ الكُرّاثِ يجوزُ وإن كان يَنمو من أسفَله؛ للتَّعامُل.

وكان الشَّيخُ الإمامُ أبو بكرٍ محمدُ بنُ الفَضلِ يَقولُ: الصَّحيحُ أن بيعَ قَوائِمِ الخِلافِ لا يجوزُ؛ لأنه وإن كان يَنمو من أعلاهُ فمَوضِعُ القَطعِ مَجهولٌ.

(و) لم يَجُز أيضًا بيعُ (الجِذعِ في السَّقْف) وهو القِطعةُ من النَّخل أو غيرِه يُوضَع عليه الأخشابُ؛ لأنه لا يُمكِنُه التَّسليمُ إلا بضرَرٍ يَلحَقُه، سواءٌ ذَكَر مَوضِعَ القَطعِ أو لم يَذكُر، ....

(١) الدارقطني (٢٨٣٥)، ورواه أيضًا: الطبراني (١١٩٣٥)، والبيهقي (١٠٨٥٧).

(٢) هي شجر الصفصاف. «المصباح» ١/ ١٧٨. وسمي بذلك: لأن الماء أتى به سبيًا، فيثبت مخالفًا لأصله. «النهر» ٣/ ٤٢١.

وذِراعٍ من ثَوبٍ.

وضَربةِ القانِصِ، ....

ولو قَلَعه[1] البائعُ وسَلَّمه: عاد صَحيحًا إن كان قَبل فَسخِ المُشتَري البيعَ؛ لزَوالِ المانعِ.

بخِلاف ما إذا باع جِلدَ الحَيَوانِ وسَلَّمه؛ حيث لا يعودُ صَحيحًا؛ لأنَّ الفَسادَ فيه لعدم المالية، وبخلاف ما إذا باع بِزرًا في بِطِّيخ ونحوِه؛ حيث لا يجوزُ وإن شَقَّه وسَلَّمه؛ لأن فَسادَه لاحتِمال العدَمِ، بخِلاف الحُبوبِ في غِلافها؛ حيث يجوزُ بَيعُها وإن كانت مَستورةً؛ لأن وُجودَها مَعلومٌ، ولهذا سُمِّيَ به، فيُقالُ: هذا باقِلَاءُ، وهذه حِنطةٌ، ولا يُقالُ للبِطِّيخ: هذا بِزرٌ.

وفي «فَتاوى» الوَلْوالِجيِّ: رجلٌ باع النَّواةَ في التَّمر فالبيعُ فاسِدٌ؛ لأنه لا يُمكِن نزعُها إلا بضرَرٍ، وأما إذا باع حَبَّ هذا القُطنِ: فالبيعُ جائِزٌ، وكذا اختارَ الفَقيهُ أبُو اللَّيث؛ لأنه لا ضرَرَ في نزعِه.

(و) لم يَجُز أيضًا بيعُ (ذِراعٍ من ثَوبٍ) لأن التَّبعيضَ يَضُرُّه، ولو قَطَعه وسَلَّمه: جاز، وهذا في ثَوبٍ يَضرُّه القَطعُ، كالمُهَيَّأ للُّبس، وإن كان لا يَضُرُّه القَطعُ جاز بيعُ ذِراعٍ منه، كالقَفِيز من الصُّبرة.

(و) لم يَجُز أيضًا بيعُ (ضَربةِ القانِصِ) بالقاف والنُّونِ، وهو ما يَخرُج من الصَّيد بضَربِ الشَّبَكةِ، وهو من القَنْصِ، يُقالُ: قَنَصَ يَقنِص قَنصًا: إذا

(١) في (ج): قطعه.

والْمُزابَنَةِ، ....

صاد، ورَوَى في «تَهذيب» الأزهَريّ[1]: عن ضَربَة الغائِصِ، بالغَين الْمُعجمَة، والياءِ آخِرِ الحُروفِ بعد الألِفِ، وهو غَوصُ الصّائدِ في الماءِ، أو غَوصُ الرِّجالِ في البَحر لأجلِ اللُّؤلُؤِ؛ لما روَيْنا.

(و) لم يَجُز أيضًا بيعُ (الْمُزابَنَةِ) وهو: بَيعُ الثَّمَر على رَأس النَّخل بتَمرٍ[2] مَجذوذٍ مِثلَ كَيلِه خَرصًا[3]؛ لحَديث أنسٍ رَضِيَ اللَّهُ عَنهُ: أنه عَلَيهِ الصَّلاةُ وَالسَّلامُ نَهى عن الْمُحاقَلة، والْمُخاضَرة، والْمُنابَذة، والْمُلامَسة، والْمُزابَنة، رَواهُ البُخاريُّ[4].

والْمُحاقَلةُ: بيعُ الحِنطةِ في سُنبُلِها بحِنطةٍ مِثلَ كَيلِها خَرصًا.

والْمُخاضَرةُ: بيعُ الثِّمارِ قَبل أن تَنتهِيَ، وكذا بيعُ العِنَبِ بالعِنَب خَرصًا لا يجوزُ.

---

(١) أبو منصور، محمد بن أحمد بن الأزهر، الهروي، نسبته إلى جده الأزهر، اللغويُّ، الإمام المشهور في اللغة، كان فقيهًا شافعي المذهب، غلبت عليه اللغة فاشتهر بها، وكان متفقًا على فضله وثقته ودرايته وورعه، من مصنفاته: «تفسير القرآن»، و«تهذيب اللغة»، و«غريب الألفاظ التي استعملها الفقهاء»، توفي رَحِمَهُ اللَّهُ سنة (٣٧٠ هـ)، وانظر ترجمته في «وفيات الأعيان» ٤/ ٣٣٤.

(٢) في (هـ): بثمر.

(٣) خرصت النخل خَرْصًا -من باب قتل-: حزرت تمره، والاسم الخِرص بالكسر. «المصباح» ١/ ١٦٦.

(٤) (٢٢٠٧)، وورد في مسلم من عدة طرق وبعدة ألفاظ منها (١٥٣٦) و(١٥٤٥).

والْمُلامَسةِ، ....

وقال الشّافعيُّ: تجوزُ الْمُزابَنةُ فيما دونَ خَمسةِ أوسُقٍ[1]؛ لما رُوِي أنه عَلَيْهِ الصَّلَاةُ وَالسَّلَامُ نَهى عن بيعِ الْمُزابَنةِ بَيعِ الثَّمَرِ بالتّمر[2]، إلا أصحابَ العَرايا، فإنه قد أُذِن لهم، رَواهُ البُخاريُّ والتِّرمذِيُّ[3]، وزاد فيه: وعن بَيعِ العِنَب بالزَّبيب، وعن كلِّ ثَمَرٍ بخَرْصِه، وبه قال أحمدُ.

وللشّافعيّ قَولان في الخَمسةِ، وفي الزّائدِ يَبطُل قَولًا واحِدًا، ولنا: ما روَيْنا.

ومَعنى العَرايا فيما رَواهُ: العَطايا، وتَفسيرُها: أن يَهَبَ رجلٌ ثمَرةَ نَخلةٍ من بُستانِه، ثم يَشِقّ على الْمُعْرِي دُخولُ الْمُعرَى له في بُستانه كلَّ ساعةٍ، ولا يَرضى أن يُخلِفَ الوعدَ ويَرجِعَ فيه، فيُعطِيه قدْرَه مَجذوذًا بالخَرْص بدَلَه، وهو جائزٌ عندنا.

وسُمِّي ذلك بيعًا: مَجازًا؛ لأنه في الصُّورةِ عِوَضُ ما أعطاهُ أوَّلًا، فكأنه اتّفَقَ في الواقِعةِ خَمسةُ أوسُقٍ أو دونَه، فظَنَّ الرّاوِي أن الرُّخصةَ مَقصورةٌ عليه، فنَقَل كما وَقَع عندَه، وسَكَت عن السَّبَب، ويَحتمِل أن الرّاويَ ظَنَّ أنه بَيعٌ.

(و) لم يَجُز أيضا بيعُ (الْمُلامَسةِ) لما روَيْنا، وهي من بُيوع الجاهِلِيّة،

---

(١) الوسق: (٤.٢١٨) كغ.

(٢) في (أ) و(ج): التمر بالتمر، وفي (ب) و(د) و(هـ): بالثمر. وانظر «التبيين» ٤/ ٤٧.

(٣) البخاري (٢٣٨٣)، ومسلم (١٥٤٠)، والترمذي (١٣٠٣).

وإلقاءِ الحَجَر، وثَوبٍ من ثَوبَين، والمَراعي، وإجارتُها.

كان الرَّجُلان يَتساوَمان سِلعةً، فإذا لَمَسها المُشتَري، أو نَبَذها إليه البائعُ، أو وَضَع المُشتَري عليها حَصاةً: لَزِم البيعُ، فالأوَّلُ بيعُ المُلامَسةِ، والثاني بيعُ المُنابَذةِ، والثالِثُ إلقاءُ الحَجَر، وقد نُهِي عنها[1].

وفي «المُنتقى»: عن أبي حنيفةَ رَحِمَهُ اللَّهُ: هي أن يقولَ: بِعتُك هذا المَتاعَ بكذا، فإذا لَمَستُكَ وَجَب البيعُ، أو يَقولَ المُشتَري كذلك.

(و) لم يَجز أيضًا بيعُ (إلقاءِ الحَجَر) لما ذكَرْنا، وفي «المُنتقى»: إلقاءُ الحَجَر: أن يقولَ المُشتَري أو البائعُ: إذا ألقَيتُ الحَجرَ وَجَب البيعُ.

(و) لم يَجز أيضًا بيعُ (ثَوبٍ من ثَوبَين) لجَهالة المَبيعِ، هذا إذا لم يُشترَط فيه خِيارُ التَّعيينِ، وإن اشتُرِط فيه، بأن اشتَرى أحَدَهما على أن يَأخُذَ أيَّهما شاء: جاز؛ لما بيَّنّا.

(و) لم يَجز أيضًا بيعُ (المَراعي) وهو جمعُ مَرعى الدَّوابِّ، والمُرادُ به: بيعُ الكَلَأ الذي فيها دون رَقَبةِ الأرضِ؛ لأن بيعَ الأرضِ جائزٌ، وإجارتُها جائزةٌ إذا كان مالِكًا لها.

(و) لا يجوزُ (إجارتُها) أي إجارةُ المَراعي أيضًا، وإنما لم يَجز البيعُ والإجارةُ فيها: لأن الكَلَأ ليس بمَملوكٍ له؛ إذ لا يَملِكُه بنَباتِه في أرضِه ما لم يُحرِزه؛ ....

(١) تقدم قريبًا.

لقوله عَلَيْهِ الصَّلَاةُ وَالسَّلَامُ: «المُسلِمون شُرَكاءُ في ثَلاثةٍ: في الماءِ، والكَلأِ، والنّارِ»، رَواهُ أحمدُ وأبو داوُدَ وابنُ ماجهْ[1]، وزاد فيه: «وثَمنُه حَرامٌ»، وهو مَحمولٌ على ما إذا لم يُحرِزه.

والحيلةُ فيه: أن يَستأجِرَ الأرضَ لإيقاف الدَّوابِّ فيها، أو لِمَنفَعةٍ أُخرى، بقَدْر ما يُريدُ صاحِبُه من الثَّمَن أو الأُجرةِ، فيَحصُل غَرَضُهما به.

هذا إذا نَبَت الحَشيشُ بنَفسه، وإن أَنبَته صاحِبُ الأرضِ، بأن سَقاها أو حَدَق[2] حَولها، وهَيَّأها للإنبات: مَلَكه، وجاز بيعُه[3].

ويَدخُل في الكَلأ: جميعُ أنواعِ ما تَرعاه الْمَواشي، رَطْبًا كان أو يابِسًا، بخِلاف الأشجارِ؛ لأن الكَلأَ اسمٌ لما لا ساقَ له، والأشجارُ

---

(١) الإمام أحمد (٢٣٠٨٢)، وأبو داود (٣٤٧٧)، وابن ماجه (٢٤٧٢).

(٢) أحدق القوم بالبلد إحداقًا: أحاطوا به، وفي لغة: حَدَق يَحدِقُ من باب ضرب. «المصباح» ١/ ١٢٥.

(٣) قال في «الدر المختار» بعد ذكر هذا القول عن المصنف هنا: وقيل: لا.
قال في «رد المحتار» ٥/ ٦٧: أي لا يملكه، وهو اختيار القدوري؛ لأن الشركة ثابتة، وإنما تنقطع بالحيازة، وسَوق الماء ليس بحيازة، وعلى الجواز أكثر المشايخ، واختاره الشهيد.
قال في «الفتح»: وعليه فلقائل أن يقول: ينبغي أن حافر البئر يملك الماء بتكلفه الحفر والطي لتحصيل الماء، كما يملك الكلأ بتكلفه سَوق الماء إلى الأرض لينبت، فله منع المستقي، وإن لم يكن في أرض مملوكة له. اهـ، وأقول: يمكن أن يفرق بينهما بأن سقي الكلأ كان سببًا في إنباته فنبت، بخلاف الماء فإنه موجود قبل حفره فلا يملكه بالحفر. «نهر».

والنَّحلِ، ....

لها ساقٌ، فلا تَدخُل فيه، حتى جاز بيعُها إذا نَبتَت في أَرضه؛ لأنه يَملِكها بالنَّبات فيها، والكَمْأَةُ كالكَلأ.

وفي «الغاية»: لا يجوزُ إجارةُ القَصيلِ[1] لِرَعْي دَوابِّه، كما لا يجوزُ أن يَستأجِرَ بقَرةً لشُرب لبَنِها.

وفي «فتاوى» الوَلْوالِجيِّ: رجلٌ باع الزَّرعَ وهو قَصيلٌ[2]، فهذا على ثَلاثةِ أوجهٍ:

إن باعَه على أن يَقطَعَه الْمُشتَري، أو يُرسِلَ دابّتَه فتَأكُلَه: جاز؛ لأنه شَرَط ما يَقتَضيه العقدُ، وإن باع على أن يُترَكَ لا يجوزُ؛ لأنه شَرَط ما لا يَقتَضيه العقدُ، وكذلك لو اشتَرى رَطْبةً على هذه الوُجوهِ الثَّلاثةِ.

(و) لم يَجُز أيضًا بيعُ (النَّحلِ) وهو دودُ العَسَل عندهما، وعند محمدٍ: يجوزُ بيعُه إذا كان مُحرَزًا؛ لأنه مُعتادٌ، فيجوزُ؛ للحاجةِ، وبه قالَت الثَّلاثةُ، وبه يُفتى.

---

(١) في (أ): الفصيل. قال في «المصباح» ٢/ ٥٠٦: قصلته قَصْلًا من باب ضرب: قطعته، فهو قصيل ومقصول، ومنه القصيل، وهو: الشعير يجز أخضر لعلف الدواب، قال الفارابي: سمي قصيلًا لأنه يقصل وهو رطب، وقال ابن فارس: لسرعة انفصاله وهو رطب.

(٢) في (أ): فصيل.

وَيُبَاعُ دودُ القَزِّ، وبَيْضُه.

وقال صاحِبُ «المَجمَع»: يجوزُ بيعُ النَّحلِ تَبَعًا للكُوَّارات[1] عندهما، وعند محمدٍ: يجوزُ مُطلَقًا، وقال الكَرْخِيُّ في «مُختَصَره»: ولا يجوزُ بَيعُ النَّحلِ عند أبي حنيفةَ وأبي يوسفَ، فإن كان في كُوَّاراتِها عسَلٌ، فاشتَرى الكُوَّاراتِ بما فيها: جاز.

(**وَيُبَاعُ دودُ القَزِّ وبَيْضُه**) أي يجوزُ بيعُهما عند محمدٍ والثَّلاثةِ، وعند أبي حنيفةَ: لا يجوزُ بيعُهما، وأبو يوسفَ معه في الدُّود، ومع محمدٍ في بَيضِه، وقِيل: فيه أيضًا معه، والفَتوى على قولِ محمدٍ، فلذلك نَصَّ عليه الشَّيخُ بالجَواز.

وقال الكَرْخِيُّ في «مُختَصَره»: وأجاز محمدٌ بيعَ النَّحلِ إذا كان مَجموعًا، وكذلك دودُ القَزِّ يجوزُ بيعُه والسَّلَمُ فيه كَيلًا إذا كان في وقتِه، وجُعِل أجلُه في وقتِه.

وكان محمدٌ يُضمِّنُ مَن قَتَل دودَ القَزِّ، ورُوِي عن أبي حنيفةَ أنه لا يُضمِّن مَن قَتَله.

وقال الكَرْخِيُّ: وأجمَعوا أن بيعَ هَوامِّ الأرضِ لا يجوزُ، كالحَيَّات، والعَقارِبِ، والوَزَغِ[2]، ....

---

(١) جمع كُوَارة، وهي للنحل، بالضم والتخفيف، والتثقيل لغة: عَسَلُها في الشمع، وقيل: بيتها إذا كان فيه العسل، وقيل: هو الخلية، وكسر الكاف مع التخفيف لغة. «المصباح» ٢/ ٥٤٣.

(٢) هو السام أبرص. «المصباح» ٢/ ٦٥٧.

....

والعَظايةِ[1]، والقَنافذِ، والجُعَلِ[2]، والضَّبِّ، وهَوامِّ الأرضِ كلِّها، وقالُوا: لا يجوزُ بيعُ شيءٍ في البَحرِ[3] من الضَّفادِعِ، والسَّرَطانِ، والسَّلاحِفِ، وغيرِ ذلك، إلا السَّمَكَ.

وفي «الأجناس»: قال محمدُ بنُ الحَسَنِ: إذا كانَت الدُّودُ من واحِدٍ، ووَرَقُ التُّوتِ منه، والعَملُ من آخَرَ، على أن يكونَ القَزُّ بينهما نِصفَين، أو أقلَّ، أو أكثرَ: لا يجوزُ، وكذلك لو كان العملُ منهما لا يجوزُ، وإنما يجوزُ إذا كان البَيضُ[4] منهما، والعمَلُ منهما، وهو بينهما نِصفان، وأما إذا كان البَذرُ بينهما على الثُّلُث والثُّلُثَين: لا يجوزُ.

وفي «فَتاوى» الوَلْوالِجيِّ: امرأةٌ أعطَت بَذرَ القَزِّ -وهو بَذرُ الفَيلَق- بالنِّصف امرَأةً، فقامَت عليه حتى أدرَكَ: فالفَيلَقُ لصاحِبةِ البَذرِ؛ لأنه حَدَث من بَذرِها، ولها على صاحِبة البَذرِ قيمةُ الأوراقِ وأُجرةُ مِثلِها.

وعلى هذا: إذا دَفَع البقَرةَ إلى إنسانٍ بالعَلَف ليكونَ الحادِثُ بينهما بالنِّصف: فالحادِثُ كلُّه لصاحِب البقَرةِ، وله على صاحِبِ البقَرةِ

---

(١) العَظَايَةُ: على خِلقة سام أبرص، أو أعيظَم منه شيئًا، والذكر يقال له اللحم، غير أنه إذا لم تر قوائمها ظننت أن رأسها رأس حية، وتجمع: عِظاء، وثلاث عَظايات، والعَظاءة: لغة فيها. «العين» ٢/ ٢٢٨.

(٢) الجُعَل: الحرباء، وهي ذكر أم حبين، وجمعه جعلان، مثل: صُرَد وصردان. «المصباح» ١/ ١٠٢.

(٣) في (د): الأرض بدل البحر.

(٤) في (د): البعض.

والآبِقِ، إلا أن يَبيعَه مِمَّن يَزعُم أنه عندَه، ....

ثَمنُ العَلَف وأَجْرُ الْمِثل، وكذلك إذا دَفَع الدَّجاجةَ لتكونَ البَيضةُ بالنِّصف.

(والآبِقِ) بالجرِّ، عطفٌ على ما قَبل دودِ القَزِّ، أي: ولم يَجُز أيضًا بيعُ العبدِ الآبِقِ؛ لما روَيْنا، بخِلاف العبدِ الْمُرسَلِ لحاجتِه؛ لوُجود القُدرةِ على تَسليمِه (إلا أن يَبيعَه) أي الآبِقَ (مِمَّن يَزعُم) البائعُ (أنه) أي أن الآبِقَ (عندَه) لأن النَّهيَ وَرَد في الآبِق الْمُطلَقِ[1]، وهو أن يكونَ آبِقًا عند الْمُتعاقِدَين، وهذا ليس بآبِقٍ في حقِّ الْمُشتَري؛ إذ هو في يدِه، فلا يَتناولُه النَّصُّ الْمُطلَقُ.

ثم لا يصيرُ قابِضًا بمُجرَّد العقدِ إذا كان في يَدِه، إذا كان أَشهَد عند الأخذِ أنه يَأخُذُه ليَرُدَّه على صاحِبِه؛ لأنه أمانةٌ عنده، وقَبضُ الأمانةِ لا يَنوبُ عن قَبض الْمَبيعِ؛ لأن قَبْضَه مَضمونٌ على الْمُشتَري[2]، ولو لم يُشهِد عند الأخذِ يَصيرُ قابِضًا[3] بمُجرَّد العقدِ، خِلافًا لأبي يوسف فيما إذا لم يَأخُذه لنَفسه، بل لِيَرُدَّه على صاحِبه.

---

(١) روى الإمام أحمد (١١٣٧٧)، وابن ماجه (٢١٩٦) عن أبي سعيد، قال: نهى رسول الله ﷺ عن شراء ما في بطون الأنعام حتى تضع، وعما في ضروعها إلا بكيل، وعن شراء العبد وهو آبق، وعن شراء المغانم حتى تقسم، وعن شراء الصدقات حتى تقبض، وعن ضربة الغائص.

(٢) في (د): لأن قبضه لم يكن مضمونًا على المشتري. وانظر «التبيين» ٤/ ٤٩.

(٣) في (د): عاصيًا بدل قابضًا. وانظر «التبيين» ٤/ ٥٠.

ولبَنِ امرَأةٍ، ....

ولو باعَه مِمَّن قال: (هو عند فُلانٍ): لم يَجُز؛ لأنه آبِقٌ عندهما، ولو باعَه، ثم عاد قَبل الفَسخِ: لم يَعُد صَحيحًا؛ لوُقوعِه باطِلًا، بخِلاف ما إذا باعَه، ثم أبَق قَبل التَّسليمِ، ثم عاد؛ حيث يجوزُ[1]، وعن أبي حنيفة: أنه يعودُ صَحيحًا[2].

ولو أعتَقَه نَفَذ عَتقُه؛ لعَدَم اشتِراطِ القَبضِ فيه، ولو عَلِم حَياتَه في وقتِ العَتْق[3] أجزأه عن الكَفّارة.

ولو وَهَبه مِن ابنِه الصَّغيرِ، أو لِيَتيمٍ في حِجره: جاز، بخِلاف ما إذا باعَه منه؛ لأن ما بَقِي من اليَد يَكفي في الهِبة دون البَيعِ.

(و) لم يَجُز أيضًا بيعُ (لبَنِ امرَأةٍ) إذا كان في وِعاءٍ، سواءٌ كان مِن حُرّةٍ أو أمةٍ، وقال الشّافعيُّ: يجوزُ؛ لأنه مَشروبٌ طاهِرٌ، قُلنا: إنه جُزءُ آدَميٍّ مُكَرَّمٍ، وفي البَيع إهانتُه، فلا يجوزُ، وعن أبي يوسف: أنه يجوزُ بيعُ لبَنِ[4] الأمةِ تبَعًا لها.

---

(١) لأن احتمال عَوده يكفي لبقاء العقد على ما كان دون الابتداء. «التبيين» ٤/ ٥٠.

(٢) لأن المالية فيه قائمة، فكان محَلًّا للبيع، فينعقد، غير أنه عاجزٌ عن تسليمه فيفسد، فإذا آب قبل الفسخ عاد صحيحًا لزوال المانع، فيجبران على التسليم والتسلم، فصار كما لو أبق بعد البيع، وكبيع المرهون ثم افتكه قبل الخصومة، وبه أخذ الكرخي وجماعة من أصحابنا رحمهم الله، وبالأول كان يفتي أبو عبد الله الثلجي وجماعة من مشايخنا رحمهم الله. «التبيين» ٤/ ٥٠.

(٣) في سوى (أ): العقد. وانظر «التبيين» ٤/ ٥٠.

(٤) في (د): ابن.

وقال الفَقيهُ أبُو اللَّيثِ في «شَرح الجامِعِ الصَّغيرِ»: سمعتُ الفقيهَ أبا جَعفَرٍ يقولُ: سَمِعتُ الفَقيهَ أبا القاسِمِ أحمدَ بن حَم[1] قال: قال نصر[2] بنُ يَحيى[3]: سَمِعتُ الحسَنَ بنَ سَيهوبَ[4] يقولُ: سَمِعتُ

---

(١) في (ح): ناجم. وذكره عدد من أئمتنا بهذا الاسم، كالقرشي في «الجواهر» ١/ ١٢٩، و١/ ٢٠٥، والغزي في «الطبقات السنية» ٢/ ١١٤، وهو: أبو القاسم الصفار المتقدمة ترجمته، قال في «الجواهر المضية» ١/ ٧٨: أحمد بن عصمة، أبو القاسم الصفار، الملقب حم، بفتح الحاء، قال في «الألقاب»: حم: لقب أحمد بن عصمة الصفار البلخي، الفقيه المحدث ... قال السمعاني في ترجمة الوزعجي: أبو علي، الحسين بن صديق الوزعجي، يروي عن محمد بن عقيل وأحمد بن حم.

(٢) في سوى (د) و(هـ): نصير. وكلاهما قيل إنه اسمه، والمصنف ذكره في مواضع هنا بالاسمين.

(٣) تقدمت ترجمته.

(٤) في (هـ): سهوب. وكلاهما خطأ، وقد ذكر بهذا الاسم في «فتح القدير» ٦/ ٤٢٤ والشلبي في «حاشيته» ٤/ ٥٠ نقلًا عن الإتقاني، وصوابه الحسن بن مسهر، وقد بحثت عنه كثيرًا فلم أهتد إليه، وكان غالب ظني أنه تصحيف، إلى أن راجعت في كتب تراجم أئمتنا جميع من اسمه الحسن، إلى أن رأيت أن صاحب «الجواهر المضية» ١/ ٢٠٤ ذكر الحسن بن مسهر، ولم يذكر في ترجمته سوى هذا النقل، فحمدت الله تعالى على فضله فهو ذو الفضل العظيم، قال في «الجواهر»: الحسن بن مسهر: قال أبو الليث في «الجامع الصغير» سمعت الفقيه أبا جعفر يقول: سمعت الفقيه أبا القاسم أحمد بن ناجم (كذا) قال: قال لي نصر بن يحيى: سمعت الحسن بن مسهر يقول: سمعت محمد بن الحسن يقول: جواز أخذ أجرة الظئر دليل على فساد بيع لبنها؛ لأنه لما جازت الإجارة ثبت أن سبيله سبيل المنافع، وليس سبيله سبيل الأموال؛ لأنه لو كان مالًا لم يجز إجارته، ألا ترى أن رجلًا لو استأجر بقرة على أن يشرب لبنها لم تجز الإجارة. =

وشَعْرِ الخِنزيرِ، ويُنتَفع به للخَرْز، ....

محمدَ بنَ الحسَنِ يقولُ: جَوازُ إجارةِ الظِّئر[1] دَليلٌ على فَسادِ بيعِ لبَنِها؛ لأنه لما جازَت الإجارةُ ثَبَت أن سَبيلَه سَبيلُ الْمَنافِعِ، وليس سَبيلُه سَبيلَ الأموالِ؛ لأنه لو كان مالًا لم تَجُز إجارتُه؛ ألا ترى أن رجلًا لو استأجَر بقَرةً على أن يَشرَبَ لبَنَها لم تَجُز الإجارةُ، فلما جاز إجارةُ الظِّئرِ ثَبَت أن لبَنَها ليس بمالٍ.

وذَكر في إجارةُ «العُيونِ»: لو أن رجلًا استأجَر شاةً لتُرضِعَ جَدْيًا أو صَبيًّا: فإنه لا يجوزُ؛ لأن اللَّبَنَ له قِيمةٌ.

(و) لم يَجُز أيضًا بيعُ (شَعْرِ الخِنزيرِ) لأنه نجِسُ العَينِ، فلا يجوزُ بيعُه؛ إهانةً له، كالخَمر (ويُنتَفع به) أي بشَعْر الخِنزيرِ (للخَرْز) للأساكِفة[2]؛ لأن خَرْزَ النِّعالِ والأخفافِ لا يَتأتّى إلا به، فكان فيه ضرورةٌ، وعن أبي يوسف: أنه يُكرَه؛ لأنه يَتأتّى بغَيره، ثم لا حاجةَ إلى شِرائه؛ لأنه يُوجَد مُباحَ الأصلِ.

وقال الفَقيهُ أبُو اللَّيثِ: إن كانَت الأساكِفةُ لا يَجِدون شَعْرَ الخِنزيرِ إلا بالشِّراء: يَنبَغي أن يجوزَ لهم الشِّراءُ للضَّرورة، وأما البيعُ: فيُكرَه؛

= وأخواه علي وعبد الرحمن يأتي كل واحد في بابه. انتهى. وكذا في «الطبقات السنية» ٣/ ١١٥.

(١) الظئر: الحاضنة، والحاضن أيضًا، وجمعه أظآر. «المغرب» ص٢٩٧.

(٢) جمع إسكاف، وهو: الخراز وصانع الأحذية ومصلحها. «المعجم الوسيط» ١/ ٤٣٩.

وشَعْرِ الإنسانِ، والانتِفاعُ به.

وجِلدِ الْمَيْتةِ قبل الدَّبغِ، وبعدَه يُباعُ، ويُنتَفع به، كعَظم الْمَيْتة، وعَصَبِها، وصوفِها، وقَرْنِها، ووَبَرِها.

لأنه لا حاجةَ إليه للبائع، ولا بأسَ للأساكِفة أن يُصَلُّوا مع شَعْرِ الخِنزيرِ وإن كان أكثرَ من قَدْر الدِّرهَم، ولو وَقَع في الماء القَليلِ أفسَده عند أبي يوسفَ، خِلافًا لمحمدٍ.

(و) لم يَجُز أيضًا بيعُ (شَعْرِ الإنسانِ و) لا (الانتِفاعُ به) لأنه جُزءُ آدَميٍّ مُكَرَّمٍ، وعن[1] محمدٍ: جَوازُ الانتِفاعِ به.

(و) لم يَجُز أيضًا بيعُ (جِلدِ الْمَيْتةِ قبل الدَّبغِ) لما رُوِي أنه عَلَيْهِ الصَّلَاةُ وَالسَّلَامُ: نَهى عن الانتِفاع بجِلد الْمَيْتةِ وعَصَبِها، رَواهُ أبو داوُدَ وغيرُه[2].

(وبعدَه) أي بعد الدَّبغِ (يُباعُ) لأنه طَهُر بالدَّبغ، خِلافًا لمالِكٍ وأحمدَ (ويُنتَفع به) أي بجِلد الْمَيْتةِ بعد الدَّبغِ، خِلافًا لمالِكٍ، وعنه: يجوزُ استِعمالُه في الجامِد دون المائعِ.

(كعَظم الْمَيْتة) أي كما يجوزُ بيعُ عَظمِ الْمَيْتةِ (وعَصَبِها، وصوفِها، وقَرْنِها، ووَبَرِها) ويجوزُ الانتِفاعُ بها أيضًا؛ لأن الحَياةَ لا تَحُلُّها،

---

(١) في (د): وعند.

(٢) أبو داود (٤١٢٧)، ولفظه: عن عبد الله بن عكيم قال: قرئ علينا كتاب رسول الله صَلَّى اللهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ بأرض جهينة وأنا غلام شاب: «أن لا تستمتعوا من الميتة بإهاب ولا عصب». ورواه أيضًا: الترمذي (١٧٢٩)، والنسائي (٤٢٤٩)، وابن ماجه (٣٦١٣).

وعُلْوٍ سَقَط، ....

وعند الشّافعيّ: لا يجوزُ بيعُها ولا الانتِفاعُ بها؛ لأنها نَجِسةٌ؛ لأنها من أجزاءِ الْمَيْتةِ، وبه قال أحمدُ في رِوايةٍ، وعند مالِكٍ: عَظمُ الْمَيْتةِ نَجِسٌ دون شَعْرِها.

وكذلك يجوزُ عندنا بيعُ جِلدِ الكَلبِ إذا كان مَدبوغًا، خِلافًا للشّافعيّ والحَسَنِ.

ويجوزُ أيضًا بيعُ عَظمِ الفيلِ عندهما، خِلافًا لمحمدٍ، فإنه نَجِسُ العينِ عنده، وعندهما: كالسِّباع، وقال الكَرْخِيُّ في «مُختَصَره»: وأما الفيلُ: فأجمَعوا على جَوازِ بيعِه، ولم يَذكُر الخِلافَ، وقال البُخاريُّ في «جامِعِه»: وقال ابنُ سيرينَ وإبراهيمُ: لا بأسَ بتِجارة العاجِ.

وفي «العُيون»: رَوى إبراهيمُ بنُ رُستُمَ عن محمدٍ: في امرَأةٍ صَلَّت وفي عُنُقها قِلادةٌ فيها سِنُّ كلبٍ، أو أسدٍ، أو ثَعلَبٍ: فصَلاتُها تامّةٌ؛ لأنه يَقَع عليها الذَّكاةُ.

(و) لم يَجُز أيضًا بيعُ (عُلْوٍ سَقَط) لأن له حَقَّ التَّعَلِّي لا غيرُ، وهو ليس بمالٍ، ومَحلُّ البيعِ المالُ، وإنما يصِحُّ بيعُه قبل الانهِدامِ باعتِبار البِناءِ القائمِ، ولم يَبقَ، بخِلاف الشِّرب؛ حيث يصِحُّ بيعُه تَبَعًا باتِّفاق الرِّواياتِ، ومَقصودًا في رِوايةٍ، وهو اختِيارُ مَشايخِ بَلْخٍ؛ لأنه نَصيبٌ[1].

(١) في (د) و(هـ): نُصِب.

وأمةٍ تَبيَّن أنه عبدٌ، وكذا عَكسُه.

من[1] الماء، وهو مالٌ، ولهذا يُضمَن بالإتلاف[2]، حتى لو سَقى به رجلٌ أرضَه يَضمَن قِيمتَه، وإن سَقَط العُلْوُ بعدَ البيعِ قَبل القَبضِ: بَطَل البيعُ، كهَلاكِ المَبيعِ قَبل القبضِ.

ولا يجوزُ بَيعُ المَسيلِ وهِبتُه، ويجوز بَيعُ الطَّريق وهِبتُه.

(و) لم يَجُز أيضًا بيعُ (أمةٍ تَبيَّن أنه عبدٌ[3]، وكذا عَكسُه[4]) صورتُه: اشتَرى أو باع شخصًا[5] على أنه أمةٌ، فتَبيَّن أنه عبدٌ، أو على أنه عبدٌ، فتَبيَّن أنه أمةٌ: لم يَجُز البيعُ استِحسانًا، والقِياسُ أن يجوزَ، وهو قولُ زفرَ؛ لأنه اختِلافُ الوَصفِ؛ إذ الذُّكورةُ والأُنوثةُ وصفٌ في الحَيَوان، وهو يُوجِب الخِيارَ لا الفَسادَ، كما في البَهائِم، فإنه إذا اشتَرى كبشًا مَثَلًا، فإذا هو نَعجةٌ، أو بالعكسِ: لا يَفسُد البيعُ، وإنما يَثبُت له الخِيارُ؛ لفَوات الوصفِ المَرغوبِ فيه.

وجهُ الاستِحسان: أن الذَّكرَ والأُنثى من بَني آدَمَ جِنسان مُختلِفان؛ لتَفاحُش التَّفاوُتِ في المَقاصِد، فلا يَصِحُّ البيعُ، بخِلاف البَهائمِ.

وذَكَر الكَرْخيُّ في «مُختَصَره»: ولو باع فَصًّا على أنه ياقوتٌ، فإذا هو

---

(١) في (د): في.

(٢) في (هـ): بالإنفاق. وانظر هذه الموضع واللذين قبله في «التبيين» ٤/ ٥٢.

(٣) في (د): أنها أمة عبد.

(٤) عبارة (وكذا عكسه) ليست من المتن في (أ) و(ب) و(ج) و(د).

(٥) في (ج) و(ب) و(د): شخص.

وشِراءُ ما باع بالأقَلِّ قَبل النَّقدِ، ....

زُجاجٌ، أو باع ثوبًا على أنه خَزٌّ، فإذا هو مِرْعِزّى[1]: فالبيعُ باطلٌ.

(و) لم يَجُز أيضًا (شِراءُ ما باع بالأقَلِّ) أي بأقَلَّ من الثَّمَن الأوَّلِ (قَبل النَّقدِ) أي قبلَ أن يَقبِضَ البائعُ الثَّمنَ، وقال الشّافعيُّ: يجوزُ، كما لو اشتَراه بثوبٍ قيمتُه أقلُّ مما باعَه، ولنا: أنهما اصطَلَحا على أن ماليّتَه مُقدَّرةٌ بثَمَنٍ مُعيَّنٍ، بعَشَرةٍ مثلًا، فإذا اشتَراه بأقلَّ منه مع بَقاءِ هذا التَّقديرِ[2] فقد اشتَرى مالًا مُقدَّرًا بعشَرةٍ بتِسعةٍ، فيكونُ رِبًا، وإذا اشتَراه بمِثلِ الثَّمَنِ الأوَّلِ، أو بالزِّيادة: يجوزُ إجماعًا، وكذا لو اشتَراه بالأقَلِّ بعد نَقدِ الثَّمنِ يجوزُ إجماعًا.

ولو اشتَراه مَن لا تَجوز شَهادتُه له، كولدِه، ووالدِه، وعبدِه، ومُكاتَبِه: فهو بمَنزِلة شِراءِ البائعِ بنَفسِه، وقال أبو يوسفَ ومحمدٌ: يجوزُ في غير العَبد والْمُكاتَب.

ولو اشتَرى ما بِيعَ له، بأن باع وَكيلُه: لم يَجُز أيضًا؛ لأنه لما باع بإذنِه صار كبَيعه بنفسِه، ثم اشتَرى بالأقلِّ.

وكذا لو اشتَرى من وارثِ مُشتَريه بأقلَّ مما اشتَرى به الْمُورِّثُ: لم يَجُز؛ لقِيام الوارِثِ مَقامَ الْمُورِّثِ، بخِلاف ما لو اشتَرى وارِثُ البائعِ بأقلَّ مما باع به مُورِّثُه؛ فإنه يجوزُ، وعن أبي يوسف: أنه لا يجوزُ.

---

(1) المِرْعِزَّى: كالصوف يخلص من بين شعر العنز، وهو الزغب تحت شعر العنز. انظر «لسان العرب» ٥/ ٣٥٤-٣٥٥، نقلًا عن الجوهري.

(2) في (هـ): هذه النقدين.

وصَحَّ فيما ضُمَّ إليه.

ثم الشَّرطُ أن يكونَ الشِّراءُ من مُشتَريه أو من وارثِه؛ لأنه لو باعه الْمُشتَري أو وَهبَه لرجلٍ، أو أوصى لرجلٍ، ثم اشتَراه البائِعُ الأوَّلُ من ذلك الرَّجُلِ: يجوزُ.

والشَّرطُ أيضًا أن يكونَ الثَّمَنان مُتَّحِدَين جِنسًا؛ لأنه إذا اشتَراه بجِنسٍ آخَرَ غيرِ جِنسِ الثَّمنِ الأوَّلِ: يجوزُ، وإن كان الثَّمَنُ الثّاني أقلَّ، والدَّنانيرُ جِنسُ الدَّراهمِ هنا، حتى لو كان العقدُ الأوَّلُ بالدَّراهِم، فاشتَراه بالدَّنانير وقيمتُها أقلُّ من الثَّمَن الأوَّلِ: لم يَجُز استِحسانًا، وجاز قياسًا، وهو قولُ زفرَ رَحِمَهُ اللَّهُ.

وفي «الغاية»: ويجوزُ الشِّراءُ بالأقَلِّ[1] إذا تَعيَّب عند الْمُشتَري؛ لأن ما بَقِي من الثَّمَن يكونُ بإزاءِ ما فات من الْمَبيعِ بسَبَب العَيبِ.

(وصَحَّ) البيعُ (فيما ضُمَّ إليه) أي إلى الْمُشتَرى بفَتح الرّاءِ، بأن اشتَرى مثلًا جارِيةً بألفٍ، ثم باعَها وأُخرى معها بألفٍ من البائِع قبل نَقدِ الثَّمنِ: جاز البيعُ في التي لم يَشترِها من البائِع، ويَفسُد في الأُخرى؛ لأنه لا بُدَّ أن يُجعَلَ الثَّمنُ بمُقابَلة التي لم يَشترِها منه، فيكونُ مُشتريًا للأُخرى بأقلَّ مما باع، وهو فاسِدٌ، ولا يَشيعُ الفَسادُ؛ لأنه ضَعيفٌ فيها؛ لكَونه مُجتهَدًا فيه، حتى لو قَضى القاضِي بجَوازه صحَّ.

---

(١) في (أ): بالأول.

وزيتٍ على أن يَزِنَه بظَرفِه، ويَطرَحَ عنه مَكانَ كلِّ ظرفٍ خَمسين رَطلًا، وصَحَّ لو شَرَط أن يَطرَحَ عنه بوَزن الظَّرفِ.

وإن اختلَفا في الزِّقِّ: فالقولُ للمُشتَري.

ولو أمَر ذِمِّيًّا بشِراء خَمرٍ أو بَيعِها: صَحَّ.

(وزيتٍ) بالجَرِّ، عطفٌ على ما لا يجوزُ من البُيوع، أي: ولم يَجُز أيضًا بيعُ زَيتٍ (على أن يَزِنَه بظَرفِه، ويَطرَحَ عنه) أي عن الزَّيت (مَكانَ كلِّ ظرفٍ خَمسين رَطلًا) لأنه شَرطٌ لا يَقتَضيه العقدُ.

(وصَحَّ) البيعُ (لو شَرَط) الْمُشتَري (أن يَطرَحَ عنه) أي عن الزَّيت (بوَزن الظَّرفِ) لأن هذا شرطٌ يَقتَضيه العقدُ؛ لأن مُقتضاه أن يُخرِجَ عنه وزنَ الظَّرفِ.

(وإن اختلَفا) أي الْمُتبايِعان (في) وزنِ (الزِّقِّ[1]) بأن اشتَرى سَمنًا مثلًا في زِقٍّ، فَرَدَّ الْمُشتَري الزِّقَّ وهو عَشرة أرطالٍ مثلًا، فقال البائعُ: الزِّقُّ غيرُ هذا، وهو[2] كان خَمسةَ أرطالٍ (فالقَولُ للمُشتَري) لأنه يُنكِر الزِّيادةَ، ولا يَتحالَفان، وفي «الأصلِ»: القولُ قولُ الْمُشتَري مع يَمينِه، وعلى البائعِ البيِّنةُ.

(ولو أمَر) مُسلمٌ (ذِمِّيًّا بشِراء خَمرٍ أو بَيعِها) أي أو أمَره ببيعِ الخَمرِ (صَحَّ) هذا الأمرُ عند أبي حنيفةَ، وقالا: لا يصِحُّ؛ لأن الوَكيلَ يَستَفيدُ

---

(١) الزق بالكسر: الظرف، والجمع أزقاق وزِقاق وزِقّان. «المصباح» ١/ ٢٥٤.

(٢) في (هـ): أو هو.

وأمةٍ على أن يُعتِقَ الْمُشتَري، ....

الوِلايةَ من الْمُوكِّل، ولا وِلايةَ للمُوكِّل في هذا التَّصرُّفِ، فكذا وَكيلُه، كمُسلمٍ وَكَّل مَجوسيًّا بأن يُزوِّجه مَجوسيَّةً؛ حيث لا يجوزُ إجماعًا.

وله: أن الوَكيلَ أهلٌ[1] لنَفس التَّصرُّف، والمَوكِّلُ لحُكمِه؛ ألا تَرى أنه يَملِك الخَمرَ والخِنزيرَ بالإرثِ، بأن كانا لذِمِّيٍّ، فأسلَم، فماتَ قبل أن يُسيِّبَ الخِنزيرَ ويُخلِّلَ الخمرَ: يَرِثُه وَرَثتُه الْمُسلِمون، وكذا لو تَخمَّر عَصيرُه يَبقى على مِلكه.

بخِلاف تَوكيلِ المسلمِ الْمَجوسيَّ؛ لأنه سَفيرٌ ومُعبِّرٌ فيه، فيكونُ مُضافًا إلى الْمُوكِّل.

ثم يَتصدَّق بثَمَن الخَمرِ إن باعَها الوَكيلُ له؛ لتَمكُّن الخُبْثِ فيه، وفي التَّوكيل بشِراءِ الخمرِ يَملِكها حُكمًا، فيُخلِّلُها، وإن كان خِنزيرًا يُسيِّبُه.

وعلى هذا الخلاف: التَّوكيلُ ببيعِ الخِنزيرِ، وتَوكيلُ الْمُحرِمِ الحَلالَ ببَيع صَيدِه.

(وأمةٍ) بالجرِّ، عطفٌ على ما لا يجوزُ من البُيوع فيما مَضى، أي ولم يَجُز أيضًا بيعُ أمةٍ (على أن يُعتِقَ الْمُشتَري) لنَهيه عَلَيْهِ الصَّلَاةُ وَالسَّلَامُ عن بيعٍ وشَرطٍ، رَواه أبو حنيفةَ عن عَمرِو بنِ شُعَيبٍ عن أبِيه عن جدِّه عن النَّبيِّ صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ[2].

---

(١) في (أ) و(ج): أصيل، و(ب) و(د): أصل، والمثبت من (ز) و(ح).

(٢) رواه الإمام أبو حنيفة في «مسنده» رواية أبي نعيم ص١٦٠، والطبراني في «الأوسط» =

أو يُدَبِّرَ، أو يُكاتِبَ، أو يَستولِدَ، أو إلا حَمْلَها، ....

وقال الشافعيُّ: يجوزُ البيعُ بشَرطِ الإعتاقِ، وهو رِوايةُ الحَسَن عن أبي حنيفةَ، وهو قَولُ مالِكٍ وأحمدَ؛ لأن البيعَ يَقتَضي مِلكَ الإعتاقِ، قُلنا: لا نُسَلِّم، بل يَقتَضي إطلاقَ أيِّ تَصرُّفٍ كان، لا تَصرُّفًا مُعيَّنًا.

ولو أَعتَقه الْمُشتَري جاز استِحسانًا عند أبي حنيفةَ، ويَجِب عليه الثَّمنُ، وقالا: تَجِب عليه القيمةُ، وهو القِياسُ.

(أو) على أن (يُدَبِّرَ) الْمُشتَري (أو) على أن (يُكاتِبَ، أو) على أن (يَستولِدَ) الأمةَ؛ لِما روَيْنا، وعند الثَّلاثةِ: صَحَّ في الكلِّ، إلا في قَول للشّافعيِّ[1]، وأحمدَ في رِوايةٍ.

(أو) أن يبيعَ أَمةً (إلا حَمْلَها) فكذلك فَسَد البيعُ؛ لأن ما لا يَصِحُّ إفرادُه[2] بالعَقد لا يصِحُّ استِثناؤه منه، والحَمْلُ لا يجوزُ إفرادُه بالبَيع، فكذا استِثناؤه.

ثم استِثناءُ الحَمْلِ في العُقود على ثَلاث مَراتِبَ:

الأَوَّلُ: يَفسُد فيه العقدُ والاستِثناءُ، كالبَيع، والإجارةِ، والكِتابةِ، والرَّهنِ.

= (٤٣٦١)، والحاكم في «معرفة علوم الحديث» ص١٢٨، وانظر «نصب الراية» ٤/١٨.

(١) في (ج) و(د): الشافعي.

(٢) في (د): إقراره.

أو يَستخدِمَه البائعُ شهرًا.

أو دارًا على أن يَسكُنَ، أو يُقرِضَ الْمُشتَري دِرهَمًا، أو يُهدِيَ له، أوْ لا يُسَلِّمَ إلى كذا.

الثّاني: العقدُ فيه جائِزٌ، والاستِثناءُ باطِلٌ، كالهِبة، والصَّدَقةِ، والنِّكاحِ، والخُلعِ، والصُّلحِ عن دمِ العَمدِ، فلا يَبطُل العقدُ، ويَبطُلُ الاستِثناءُ، ويكونُ الحَمْلُ تابِعًا للأُمِّ في هذه العُقودِ، ويصيرُ هو حيث صارَت هي.

والثّالثُ: يجوزُ فيه العقدُ والاستِثناءُ، وهو الوَصِيّةُ، حتى لو أَوصى بجارِيةٍ لإنسانٍ إلا حَمْلَها صحَّ، وكذا لو أوصى بحَمْلها لآخَرَ صحَّ؛ لأن الوَصِيّةَ أُختُ الْمِيراثِ، والْمِيراثُ يَجري[1] فيه[2]، فكذا الوَصِيّةُ.

(أو) باع عبدًا مثلًا على أن (يَستخدِمَه البائعُ شهرًا، أو) باع (دارًا على أن يَسكُنَ) البائعُ فيه شهرًا مثلًا (أو) باع شيئًا على أن (يُقرِضَ الْمُشتَري) للبائِع (دِرهَمًا، أو) على أن (يُهدِيَ له) هَدِيّةً (أو) باع شيئًا على أن (لا يُسَلِّمَ[3]) البائِعُ الْمَبيعَ (إلى كذا) أي: إلى شهرٍ مثلًا أو شَهرَين؛ لأن هذه الشُّروطَ كلَّها لا يَقتَضيها العقدُ، وفيه مَنفَعةٌ لأَحَدِهما، فيَفسُدُ.

---

(١) في (د): والميراث لا يجزي. وانظر «التبيين» ٤/ ٥٨.

(٢) أي في الحمل. وانظر «رد المحتار» ٥/ ٩٢.

(٣) في الأصول سوى (ز) و(ح): على أن يسلم.

وثوبٍ على أن يَقطَعَه ويَخيطَه قَميصًا.
وصحَّ بيعُ نَعْلٍ على أن يَحذُوَه ويُشرِّكَه.
لا البيعُ إلى النَّيروزِ، والْمِهرَجان، ....

(و) لم يَجُز أيضًا بيعُ (ثوبٍ على أن يَقطَعَه ويَخيطَه قَميصًا) لِما ذكَرْنا.

(وصحَّ بيعُ نَعْلٍ) وأرادَ به الصَّرْمَ(1)، وهو تَسمِيةُ الشَّيءِ باسمِ ما يَؤُولُ إليه (على أن يَحذُوَه) البائعُ، مِن حَذَوتَ النَّعلَ بالنَّعلِ: إذا قَدَّرْتَ كلَّ واحِدةٍ على صاحِبتِها (و) أن (يُشرِّكَه) البائِعُ، من التَّشريكِ، وهو: وضعُ الشِّراكِ على النَّعل، وهو السَّيرُ(2) الذي على ظَهر القَدَم، وقال زفرُ: لا يجوزُ، وهو القِياسُ؛ لأن فيه شرطًا لا يَقتَضيه العقدُ.

وجهُ الاستِحسانِ: تَعامُلُ النَّاسِ به من غير نَكيرٍ، ولهذا جُوِّزَ الاستِصناعُ(3)، واستِئجارُ الصَّبّاغِ والظِّئرِ(4) والحَمّامِ(5)، وإن كان إجارةً على استِهلاكِ الأعيانِ.

(لا) يصِحُّ (البيعُ إلى النَّيروزِ، والْمِهرَجان)، وهما مُعرَّبان، والأصلُ: نَوروزٌ، ومِهرَكان، والأوَّلُ: يومٌ في طَرَف الرَّبيعِ، والثّاني: في طَرَف الخَريفِ، ....

(1) الصرم بالفتح: الجلد، وهو معرب، وأصله بالفارسية چَرم. «المصباح» ١/ ٣٣٩.
(2) السَّير: الذي يقد من الجلد، جمعه سيور، مثل: فلس وفلوس. «المصباح» ١/ ٢٩٩.
(3) مع أنه بيع المعدوم. شلبي ٤/ ٥٩.
(4) في (ج) و(ب): والطير.
(5) وإن كانت إجارة على استهلاك الأعيان. «التبيين» ٤/ ٥٩.

....

وقال في «زيج» كوشيار[1]: النَّيروزُ: أوَّلُ يومٍ من فروردين[2] ماه، والْمِهرَجانُ: هو اليومُ السَّادِسَ عشَرَ من مهرماه، وقال أبو الرَّيحانِ[3] في «تَفهيمِه»: في ذلك اليومِ ظَفِر فريدون[4] بالضَّحَّاك[5].

وحُكِي عن أبي حَفصٍ الكَبيرِ رَحمه اللهُ تَعالى قال: لو أن رَجُلًا عَبَد اللهَ خَمسينَ سنةً، ثم جاء يومَ النَّيروزِ، فأهدى إلى بَعض الْمُشرِكين بَيضةً يُريدُ به تَعظيمَ ذلك اليومِ: فقد كَفَر باللهِ، وأُحبِط عمَلُه خَمسينَ سَنةً، كذا في «الغاية».

---

(١) أبو الحسن، كوشيار بن لبان، الجيلي، مهندس معروف، من مصنفاته: «الأصول في أحكام النجوم»، و«الأصطرلاب»، «تعديل المريخ»، توفي رَحِمَهُ ٱللَّهُ سنة (٣٥٠هـ)، وانظر ترجمته في «تتمة صوان الحكمة» ص١٧، و«الأعلام» ٥/ ٢٣٥.

(٢) في (أ): قروردين، وفي (ج): فرودبن، وفي (د): فروردس، وفي (هـ): فروردبن، وفي (ح): أقروردين، وفي «البناية» ٨/ ١٩٠: فروردي ماه. وهو: اسم الشهر الأول في التقويم الفارسي. «كشاف اصطلاحات الفنون والعلوم» ٢/ ١٢٧٠.

(٣) أبو الريحان، محمد بن أحمد، البيروني، الخوارزمي، فيلسوف، رياضي، مؤرخ، له في الرياضيات السبق الذي لم يشقّ المحضرون غباره، ولم يلحق المضمرون المجيدون مضماره، من مصنفاته: «التفهيم لصناعة التنجيم»، و«تحقيق ما للهند من مقولة مقبولة في العقل أو مرذولة»، و«الآثار الباقية عن القرون الخالية»، توفي رَحِمَهُ ٱللَّهُ سنة (٤٤٠ هـ)، وانظر ترجمته في «معجم الأدباء» ٥/ ٢٣٣٠.

(٤) كذا في (ب) و(ج) و(ح)، وهو مما يطلق عليه أيضًا، وفي (د): أقريدون، وهو خطأ. وهو من شخصيات الأدب الفارسي (الشاهنامة).

(٥) من ملوك الكنعانيين، وحكام بابل، واسمه هذا تعريب لاسمه الفارسي: أزدهاق وأزيدهاك، كما ذكر ذلك مع ملحمته الفردوسي في «الشاهنامة».

وصومِ النَّصارى، وفِطرِ اليَهودِ، إن لم يَدرِ العاقِدان ذلك، وإلى قُدوم الحاجِّ، والحَصادِ، والدِّياسةِ، والقِطافِ.

ولو كَفَل إلى هذه الأوقاتِ: صحَّ، ....

(**وصومِ النَّصارى، وفِطرِ اليَهودِ، إن لم يَدرِ العاقِدان ذلك**) لأن هذه الآجالَ مَجهولةٌ، فتُفضِي إلى الْمُنازَعة، حتى إذا عَلِم الْمُتعاقِدان ذلك جازَ، وقِيل: إذا باع إلى فِطرِ النَّصارى بعدما شَرَعوا في صَومهم: جاز؛ لأن مُدّةَ صَومِهم بالأيّام، وهي مَعلومةٌ.

(و) لا يصِحُّ أيضًا (**إلى قُدوم الحاجِّ، والحَصادِ**) بفَتح الحاءِ وكَسْرِها وهو: قَطعُ الزَّرعِ، وقُرِئ بهما[1] قولُه تعالى: ﴿وَءَاتُوا حَقَّهُۥ يَوْمَ حَصَادِهِۦ﴾ [الأنعام: ١٤١] (**والدِّياسةِ**) وهي دَوسُ الزَّرعِ في البَيدَر بوَطءِ الدَّوابِّ (**والقِطافِ**) وهو قَطعُ العِنَبِ من الكَرْم.

وكذا لا يجوزُ إلى الجَزاز، وهو جَزُّ الصُّوفِ، وإلى الجُذاذ بالجيمِ والذّالِ الْمُعجَمةِ، وهو قَطعُ الثّمارِ، وبالْمُهمَلة خاصٌّ في النَّخل.

(**ولو كَفَل إلى هذه الأوقاتِ**) الْمَذكورةِ (**صحَّ**) التَّكفيلُ؛ لأن هذه جَهالةٌ يَسيرةٌ، فتُتَحمَّل في الكَفالة؛ لكونها تَبرُّعًا، بخِلاف البيعِ؛ لأنه مُبادَلةُ المالِ بالمالِ، فيكونُ مَبناهُ على الْمُماكَسَة والْمُضايَقةِ، بخِلاف ما إذا كانَت فاحِشةً، كالكَفالةِ إلى هُبوب الرِّيحِ ونحوِه؛ فإنه لا يصِحُّ.

---

(١) في (د): بها.

إن أُسقِطَ الأَجَلُ قَبل حُلولِه: صحَّ.

(وإن أُسقِطَ الأجَلُ) المَضروبُ إلى هذه الأوقاتِ (قَبل حُلولِه) بأن أسقَطاه قَبل أن يَأخُذَ النَّاسُ في الحَصادِ والدِّياسِ، وقَبل قُدومِ الحاجِّ (صحَّ) البيعُ، وقال زفرُ: لا يَصِحُّ؛ لأنه وَقَع فاسِدًا، فلا يَنقلِب صَحيحًا، وبه قالَت الثَّلاثةُ، ولنا: أن سبَبَ الفَسادِ قد ارتَفَع بالإسقاطِ، فعاد جائزًا.

وإنما قال: (أُسقِط) على بِناءِ المَجهولِ: لأن في لَفظِ القُدُوريِّ: (فإن تَراضَيا على إسقاطِهما) تَوهُّمَ أن التَّراضِيَ شرطٌ، وليس كذلك، فإنَّ المُشتَرِيَ إذا أسقَطه قبل ذلك جازَ.

ولو باع مُطلقًا، ثم أجَّل الثَّمَنَ إلى هذه الأوقاتِ: جاز؛ لأنه تَأجيلُ الدَّينِ، والجَهالةُ في تَأجيلِ الدَّينِ مُتَحمَّلةٌ؛ لخُلُوِّ العقدِ عن المُفسِد، بخِلاف ما إذا كانَت في العَقد؛ لأن الجَهالةَ مُقارِنةٌ له، فيَفسُد.

وفي «الخُلاصة»: ولو باع إلى هُبوب الرِّياحِ، أو إلى أن تُمطِرَ السَّماءُ: لم يَجُز[1]، وإن أُبطِل الأجَلُ لم يَنقلِب جائِزًا[2].

---

(١) في (ب): لم يصح.

(٢) نقل في «الدر المختار» هذا القول عن المصنف هنا، وعلق عليه ابن عابدين ٥/ ٨٣ فقال: قوله: (فلا ينقلب جائزًا وإن أبطل الأجل) هذا يوهم أن المراد وإن أبطل الأجل قبل الافتراق، وليس كذلك، لما علمت من صريح النُّقول أنه ينقلب جائزًا، ولأن العيني لم يذكر قوله قبل الافتراق، فتعين أن المراد إن أبطله قبل حلوله.

ومَن جَمَع بين حُرٍّ وعبدٍ، أو شاةٍ ذَكِيَّةٍ ومَيْتةٍ: بَطَل البيعُ فيهما، فَصَّل الثَّمَنَ أوْ لا.

وإن جَمَع بين عبدٍ ومُدبَّرٍ، أو بين عبدِه وعبدِ غيرِه، أو بين مِلكٍ ووَقفٍ: صحَّ في القِنِّ وعَبدِه والْمِلك.

(ومَن جَمَع بين حُرٍّ وعبدٍ) في البَيع (أو) جَمَع فيه بين (شاةٍ ذَكِيَّةٍ ومَيْتةٍ: بَطَل البيعُ فيهما) أي في الحُرِّ والعبدِ، أو في الشّاةِ الذَّكِيّةِ والْمَيْتةِ عند أبي حنيفةَ، وإن (فَصَّل الثَّمَنَ) أي ثمنَ كُلِّ واحدٍ منهما (أوْ لا) أي أو لم يُفصِّل.

وقالا: يصِحُّ في العَبد والذَّكِيّةِ، ويَبطُل في الحُرِّ والْمَيْتةِ إن فَصَّل؛ لأن الصَّفْقةَ مُتعددّةٌ؛ لتَفصيل الثَّمَنِ، فلا يَسري الفَسادُ من إحداهما إلى الأُخرى، وبه قال الشّافعيُّ في قولٍ، وأحمدُ في رِوايةٍ.

وله: أن العقدَ عليهما صَفْقةٌ واحِدةٌ، بدَليلِ أنه لا يَملِك القَبولَ في إحداهما دون الأُخرى، فبَطَل العقدُ في الجَميعِ، كما إذا أطلَق الثَّمَنَ؛ لأنه جَعَل قَبولَ العقدِ فيما لا يَصِحُّ فيه العقدُ شرطًا لصِحّة العقدِ فيما يَصِحُّ فيه العقدُ، فكان شرطًا فاسِدًا، والبيعُ يَبطُل بالشَّرط الفاسِدِ.

(وإن جَمَع) في البَيع (بين عبدٍ ومُدبَّرٍ، أو) جَمَع (بين عبدِه وعبدِ غيرِه، أو) جَمَع (بين مِلكٍ ووَقفٍ: صحَّ) البيعُ (في القِنِّ) أي في العَبدِ، فيما إذا جَمَع بين عَبدِه ومُدبَّره (و) صحَّ أيضًا في (عَبدِه) فيما إذا جَمَع بين عبدِه وعبدِ غيره (و) صحَّ أيضًا في (الْمِلك) فيما إذا جَمَع بين مِلكٍ ووقفٍ.

....

وقال زفرُ: لا يصِحُّ في الكلِّ، كما لو باع حُرًّا وعبدًا صَفْقةً واحِدةً.

ولنا: أنه باعَهما بمُسمًّى مَعلومٍ، فانعَقَد عليهما جُملةً واحِدةً، فنَفَذ في القِنِّ والْمِلكِ بالحِصّة، وتَوقَّف في الْمُدبَّر على قَضاءِ القاضِي، وفي عبدِ الغَير على إجازةِ مَولاه.

وأما في الْمِلك والوَقفِ: فروايتان، في رِوايةٍ: يَفسُدُ في المِلك؛ لأن البيعَ لا يَنعقِد على الوقفِ، فصار كما لو جَمَع بين حُرٍّ وعبدٍ، ذَكَره الفَقيهُ أبُو اللَّيثِ في «نَوازِله»، والأصحُّ أنه يجوزُ في الْمِلك؛ لأن الوقفَ مالٌ، ولهذا يُنتَفع به انتِفاعَ الأموالِ، غيرَ أنه لا يُباعُ[1] لأجْلِ حَقٍّ تَعلَّق به، وذلك لا يُوجِب فَسادَ العقدِ فيما ضُمَّ إليه، كالْمُدبَّر ونحوِه، بخِلاف المسجدِ؛ حيثُ يَبطُل العقدُ فيما ضُمَّ إليه؛ لأنه ليس بمالٍ، فصار كالحُرِّ.

ولو باع قَريةً، ولم يَستثنِ الْمَساجِدَ والْمَقابِرَ: لم يصِحَّ؛ لِما ذَكَرْنا.

وكذا على الخِلافِ: إذا جَمَع بين عبدٍ ومُكاتَبٍ، أو بين عبدٍ وأُمِّ ولدٍ؛ لأن القاضِيَ إذا قَضى بجَوازِ بيعِ أُمِّ الولَدِ يَنفُذ، وفي الْمُكاتَب يَنفُذ بِرضاهُ في الأصحِّ.

وفي «الغاية»: إذا قَضى القاضِي بجَواز بيعِ أُمِّ الولَدِ، فهل يَنفُذ أم لا؟ وهذه الْمَسألةُ كانَت مُختَلَفًا فيها في الصَّدرِ الأوَّلِ، وكان عمرُ رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ

---

(١) في (ب) و(د): غير أنه يباع. وانظر «التبيين» ٤/ ٦١. وكُتب في حاشية (ب): فيكون بيعه فاسدًا في الأصح، نص على ذلك الزاهدي وغيره.

....

لا يُجيزُ بَيعَها، وكان عليٌّ رَضِيَٱللَّهُعَنْهُ يُجيزُ بيعَها[1]، ثم أجمَع التّابِعون على عَدَم جَوازِ بَيعِها.

فإذا قَضى القاضِي بعد ذلك بجَواز بَيعِها، هل يَقَع ذلك في مَوضِع الإجماعِ أو في مَوضِع الخِلافِ؟

وذلك بِناءً على أن الإجماعَ الْمُتأخِّرَ هل يَرفَعُ الخِلافَ السّابِقَ أو لا؟

فعند البعضِ: لا يَرفَعُ الخِلافُ السّابِقُ، ولا يَنعقِد هذا الإجماعُ، وعندنا: يَنعقِد هذا الإجماعُ، ويَرتفِع الخِلافُ السّابِقُ.

وقد استَدلَّ صاحِبُ «التَّقويمِ»[2] على هذا بقَوله: وقد رَوى محمدُ بنُ الحَسَن عنهم جَميعًا: أن القاضِيَ إذا قَضى ببَيع أُمِّ الولَدِ لم يَجُز.

وفي «فُصول» الأُسْتروشَنيِّ: وفي قَضاء القاضِي بجَواز بيعِ أُمِّ الولَدِ رِواياتٌ، أظهَرُها أنه لا يَنفُذ.

وفي قَضاءِ «الجامِعِ»: أنه يَتوقَّف على إمضاءِ قاضٍ آخَرَ، إن أمضى ذلك القاضِي نَفَذ، وإن أبطَل بَطَل، وهذا أوجَهُ الأقاويلِ.

---

(١) تقدمت الآثار عنهما رَضِيَٱللَّهُعَنْهُمَا أول باب الاستيلاد.

(٢) أي الإمام الدبوسي رَحِمَهُٱللَّهُ في «تقويم الأدلة».

فصلٌ [في بَيانِ أحكامِ تَصرُّفاتِ البائِعِ والْمُشتَري في الثَّمَن والْمَبيعِ وفيما يُكرَه من البُيوعِ وما لا يُكرَه]

قَبَض الْمُشتَري الْمَبيعَ في البَيع الفاسِدِ بأمر البائعِ، وكلٌّ من عِوَضَيه مالٌ: مَلَك الْمَبيعَ بقيمته، ....

هذا (فصلٌ) في بَيانِ أحكامِ تَصرُّفاتِ البائِعِ والْمُشتَري في الثَّمَن والْمَبيعِ وفيما يُكرَه من البُيوع وما لا يُكرَه

(قَبَض الْمُشتَري الْمَبيعَ في البَيع الفاسِدِ) كالبَيع بالخَمر، أو بشَرطٍ لا يَقتَضيه العقدُ، واحتَرَز به عن البَيعِ الباطِلِ، فإنه لا يُفيدُ الْمِلكَ أصلًا ولو بالقَبض، وقَيَّد بقَوله: (بأمر البائعِ) أي بإذنه: لأنه بغَير إذنِه لا يُفيدُ الْمِلكَ، ولا بُدَّ له من إذنٍ صَريحٍ بعد الافتِراقِ، وقبلَه في الْمَجلِسِ يُكتَفى بالدَّلالة.

والواوُ في قَوله: (وكلٌّ من عِوَضَيه) أي عِوَضَي البيعِ، وهما الثَّمَنُ والْمَبيعُ (مالٌ) للحال، أي: والحالُ أن كلَّ واحِدٍ من العِوَضَين مالٌ، ولو كان أحدُ العِوَضَين غيرَ مالٍ كالحُرِّ، والميْتةِ، والدَّمِ: يكونُ البيعُ باطِلًا، ولا يُفيدُ الْمِلكَ وإن اتَّصَل به القبضُ، ويكونُ الْمَبيعُ أمانةً، حتى لو هَلَك لا ضَمانَ على القابِض، وعند الثَّلاثةِ: يَضمَن، وهو رِوايةٌ عن أصحابِنا..

(مَلَك) الْمُشتَري (الْمَبيعَ بقيمته) يومَ القَبضِ؛ لأنه به دَخَل في ضَمانه، وعند محمدٍ: يُعتبَر قيمتُه يومَ التَّلَف؛ لأنه به يَتقرَّرُ عليه إذا كان الْمَبيعُ من

ذَواتِ القِيَم، وإن كان من ذَوات الأمثالِ مَلَكه بمِثلِه؛ إذ هو الأعدَلُ؛ لكَونه مِثلًا له صورةً ومَعنًى، وهذا على قَول مَشايخِ بَلْخ، وقال مَشايخُ العِراقِ: لا يَملِك العَينَ، وإنما يَملِك فيها التَّصرُّفَ خاصّةً بحُكم تَسليطِ البائعِ عليه.

وقال الشّافعيُّ: لا يَملِك بالفاسِد العَينَ، ولا التَّصرُّفَ، وإن قبضَه؛ لأنه مَحظورٌ[(١)]، ولنا: أن رُكنَ البيعِ صَدَر مِن أهلِه مُضافًا إلى مَحلِّه، فوَجَب القولُ بانعِقاده، ولكنه فَسَد باعتِبار وَصفِه[(٢)]، فإذا زال هذا الوصفُ يَنعقِد أصلًا ووَصفًا.

---

(١) لكونه منهيًا عنه، والنهي يقتضي التحريم، والملك نعمة؛ لكونه ذريعةً إلى قضاء المآرب، ووسيلةً إلى تحصيل المطالب، فلا يُناط به؛ إذ لا يلائمه، والملاءمة شرط بين الأثر والمؤثر، ولأن النهي نسخٌ للمشروعية؛ للتضاد بين كونه مشروعًا وبين كونه منهيًا عنه؛ لأن النهي يقتضي قبحه، والمشروعيةَ تقتضي حسنه، وبينهما تنافٍ، فكان باطلًا، ألا تَرى أنه لا يُفِيْدُه قبل القبض، وبه تزداد الحرمة والفساد، فأنّى يثبُتُ له الْملكُ فيه، فصار كالميتة وبيع الخمر بالدراهم. «التبيين» ٤/ ٦٢.

(٢) ولا خفاء في الأهلية والمحلية، وركنه مبادلة المال بالمال، وفيه الكلام، والنهي عن الأفعال الشرعية يقرر المشروعية عندنا، بخلاف النهي عن الأفعال الحسية؛ لأن النهي يقتضي التصور، ولهذا لا يقال للأعمى: لا تبصر، ولا للإنسان: لا تنظر؛ لعدم التصور منه، فإذا كان من شروطه التصورُ: فتصَوُّرُ الأفعال الشرعية بالشرع، فإذا لم تكن مشروعةً لم تكن متصورةً فيبطُلُ النهيُ؛ إذ حقيقة النهي تصرف في المكلف بالمنع، مع قيام المنهي عنه، وهو المحل على حاله، فاقتضى وجوده، ووجودُه بالشرع، فصارت مشروعةً ضرورةَ صحةِ النهي، والأفعال الحسية =

ولكلٌّ منهما فسخُه، ....

(ولكلٌّ منهما) أي من الْمُتبايِعَين في البَيعِ الفاسِدِ (فسخُه) أي فسخُ البيعِ قبل القبضِ بعِلم صاحِبِه؛ لأن البيعَ الفاسِدَ لا يُفيدُ الْمِلكَ قَبل القَبضِ، فكان بمَنزِلة البيعِ الذي فيه الخِيارُ، فكان كلٌّ منهما بسَبيلٍ من فسخِه من غَيرِ رِضا الآخَرِ، لكنه يَتوقَّف على عِلمِه؛ لأن فيه إلزامَ الفسخِ[1] له، فلا يَلزمُه بدون عِلمِه.

وأما بعد القبضِ.. فإن كان الفَسادُ في صُلبِ العقدِ، بأن كان راجِعًا إلى أحَد البدَلَين، كالبَيع بالخَمرِ أو الخِنزيرِ: فكذلك يَنفرِد أحَدُهما بالفَسخ؛ لقُوّة الفَسادِ.

وإن كان بشَرطٍ زائِدٍ، بأن باع إلى أجَلٍ مَجهولٍ أو غيرِه مما فيه مَنفعةٌ لأحَدِهما: يكونُ لِمن له مَنفَعةُ الشَّرطِ الفسخُ دون الآخَرِ عند محمدٍ، وعندهما: لكلٍّ منهما فسخُه، فيَفسخُه بعِلم صاحِبِه في الكُلّ، وعند أبي يوسف: لا يُشترَط عِلمُه.

قال الشّارحُ رَحِمَهُ ٱللَّهُ: مَعنى قَولِه: (ولكلٌّ منهما): على كلٍّ منهما؛ لأن رفْعَ الفَسادِ[2] واجِبٌ عليهما، واللّامُ تكونُ بمَعنى (على)، قال اللهُ تَعالى:

= متصورةٌ بذاتها، فلا ضرورة إلى جعلها مشروعة، وهذا بخلاف النسخ، فإنه تصرف في المحل بإزالته من غير تعرض للمكلف، فكانا في طرفي نقيض، فلا يمكن حمل أحدهما على الآخر... إلخ. «التبيين» ٤/ ٦٣.

(١) في (أ): الخصم بدل الفسخ. وانظر «التبيين» ٤/ ٦٤.

(٢) في (د) و(ح): الفاسد. وانظر «التبيين» ٤/ ٦٤.

إلا أن يَبيعَ الْمُشتَري، أو يَهَبَ، أو يُحرِّرَ، أو يَبنِيَ.

﴿وَإِنْ أَسَأْتُمْ فَلَهَا﴾ [الإسراء: ٧]: أي فعليها.

قُلتُ: لا يُحتاجُ إلى هذا التَّكلُّفِ، وإنما اللّامُ على أصله؛ لأنه تَبيَّن أن لكلٍّ واحِدٍ منهما سَبيلًا من الفَسخ، لا أن[1] واحِدًا منهما يَنفرِد به بدونِ عِلمِ الآخَرِ، وإن لم يكن برِضاه.

(**إلا أن يَبيعَ الْمُشتَري**) الذي اشتَراه بالبَيع الفاسِدِ (**أو يَهَبَ**) بأن كان عبدًا مَثلًا، فوَهَبه لشَخصٍ (**أو يُحرِّرَ**) بأن كان عبدٌ فأعتَقه (**أو يَبنِيَ**) **الْمُشتَري**، بأن كان عَقارًا فبَنى فيه، فهذه التَّصرُّفاتُ تَمنَع الفسخَ؛ لأن الْمُشتَريَ مَلَك الْمَبيعَ بالقَبض، فتَنفُذ فيه تَصرُّفاتُه كلُّها، ويَنقطِع به حقُّ البائعِ في الاستِرداد، سواءٌ كان تَصرُّفًا يَقبَل الفسخَ أو لا يَقبلُه..

إلا الإجارةَ والنِّكاحَ، فإنهما لا يَقطَعان حَقَّ البائعِ في الاستِرداد؛ لأن الإجارةَ عقدٌ ضَعيفٌ يُفسَخ بالأعذارِ، والنِّكاحُ لا يَمنَع فسْخَ البيعِ، فيُفسَخُ ويُرَدُّ على البائِع، والنِّكاحُ على حاله، وما عَداهما من التَّصرُّفات يَقطَع حقَّ الاستِردادِ.

ونَظيرُ البيع: الكِتابةُ والرَّهنُ؛ لأنهما لازِمان، إلا أنه إذا عَجَز الْمُكاتَبُ، أو فُكَّ الرَّهنُ: يعودُ حقُّ الاستِردادِ، وكذا لو رَجَع في الهِبة عاد حقُّ الاستِردادِ، سواءٌ كان بقَضاءٍ أو بغَير قَضاءٍ، وعلى أصل الثَّلاثةِ: لا يَنقطِع حقُّ الاستِردادِ، بل يَستَرِدُّ البائعُ بهذه التَّصرُّفاتِ.

---

(١) في (أ): لأن.

وله أن يَمنَعَ الْمَبيعَ عن البائِع حتى يأخُذَ الثَّمَنَ منه.

وفي البِناء خِلافُ أبي يوسفَ ومحمدٍ، فعندهما: لا يَنقطِع حقُّ الاستِردادِ، بل يَستردُّ البائِعُ، ويَنقُض ما بَناهُ الْمُشتَري؛ لأن حقَّه في الاستِرداد آكَدُ من حقِّ الشَّفيعِ، وحقُّه لا يَبطُلُ مع ضَعفِه، فهذا أولى.

ولأبي حنيفةَ: أن حقَّ الاستِردادِ في البَيع الفاسِدِ حَقُّ الشَّرعِ، والبِناءُ حقُّ الْمُشتَري، وحقُّ العبدِ مُقدَّمٌ؛ لحاجتِه، والْمُشتَري بَنى بتَسليطِ البائعِ، فلا يكونُ له نَقضُه.

وعلى هذا الخِلاف: الغَرسُ.

(وله) أي للمُشتَري (أن يَمنَعَ الْمَبيعَ عن البائِع) إذا تَفاسَخا بعد قبضِ العِوَضَين (حتى يأخُذَ الثَّمَنَ منه) أي من البائِع؛ لأن الْمَبيعَ(١) مُقابَلٌ به، فيَصيرُ مَحبوسًا به، كالرَّهن، وإن مات البائِعُ فالْمُشتَري أحَقُّ به حتى يُستَوفى الثَّمَنُ؛ لأنه يُقدَّم عليه حالَ حَياتِه، فكذا يُقدَّمُ على تَجهيزِه بعد وَفاتِه، وعلى هذا أربابُ الدُّيونِ والوَرَثةُ.

وعلى هذا: لو استَأجَر إجارةً فاسِدةً، ونَقَد(٢) الأُجرةَ، أو ارتَهَن رَهنًا فاسِدًا، أو اقتَرَض قرضًا فاسدًا، أو أَخَذ به رَهنًا: له أن يَحبِسَ ما استَأجَر، وما ارتَهَن، وما أقرَض.. حتى يَقبِضَ ما نَقَد؛ اعتِبارًا بالعَقد الجائزِ إذا تَفاسَخا، فإن مات الْمُؤجِرُ أو الرّاهِنُ أو الْمُستقرِضُ: فهو أحَقُّ بما في يَده من الْمَقبوض من سائِر الغُرَماءِ.

---

(١) في (هـ): البيع.
(٢) في (هـ): وفقد.

وطاب للبائِع ما رَبِح، لا للمُشتَري.
ولو ادَّعى على آخَرَ دَراهِمَ، فقَضاها إيّاه، ثم تَصادَقا أنه لا شيءَ عليه: طاب له رِبحُه.

(وطاب للبائِع ما) أي الذي (رَبِح) في البَيع الفاسِدِ (لا) يَطيبُ (للمُشتَري) ما رَبِح، فإن كان الْمَبيعُ من الأشياءِ التي تَتعيَّن بالتَّعيين بما لا يَتعيَّن، كالدَّراهِم والدَّنانيرِ، ورَبِح كلٌّ منهما: يَطيبُ للبائِع؛ لأن ما لا يَتعيَّن مِثلُه يَجِب في ذِمّته، فلا يَتمكَّن الخُبثُ فيه، بخِلاف ما يَتعيَّن؛ لأن العقدَ يَتعلَّق به، فتَمكَّن الخُبثُ فيه، فيَجِبُ التَّصدُّقُ به.

هذا في الخُبث الذي يكونُ لِفسادِ الْمِلك، وإن كان الخُبثُ لعَدَم الْمِلكِ، كالْمَغصوب، والأماناتِ إذا خان فيها الْمُؤتمَنُ: فإنه يَشمَل ما يَتعيَّن وما لا يَتعيَّن عند أبي حنيفةَ ومحمدٍ.

وهل يَتعيَّن رَدُّ الْمَقبوضِ من الثَّمَن بعَينه في البَيع الفاسِدِ أم لا؟ قِيل: يَتعيَّن؛ لأنه قَبْضٌ مَضمونٌ بالْمِثل، فصار كالغَصب، وقِيل: لا يَتعيَّن؛ لأنه مَلَكه بالقَبض، والأوَّلُ أصحُّ، وقِيل: على هذا: لا يَطيبُ له ما رَبِح مِن الثَّمَن عندهما، كما في الْمَغصوب.

(ولو ادَّعى) شخصٌ (على) شخصٍ (آخَرَ دَراهِمَ، فقَضاها) أي الْمُدَّعى عليه (إيّاه) أي الْمُدَّعيَ (ثم تَصادَقا) أي الْمُدَّعِي والْمُدَّعى عليه (أنه) أي إنَّ الْمُدَّعى عليه (لا شيءَ عليه) من تلكَ الدَّراهِمِ التي ادَّعى بها عليه (طاب له) أي للمُدَّعي الذي قَبَض الدَّراهِمَ ورَبِح فيه (رِبحُه) لأن الخُبثَ لفَساد الْمِلك؛ لأنه مَلَكه أوّلًا بالتَّصادُق، ثم استَحَقَّ به أنه لا شيءَ عليه.

وكُرِه النَّجَشُ، والسَّومُ على سَومِ غيرِه، ....

(وكُرِه النَّجَشُ) بفتحتَين، ويُروى بسُكون الجيمِ، وهو: أن يَستامَ السِّلعةَ بأزيَدَ من ثَمَنها وهو لا يُريدُ شِراءَها، بل لِيَراه غيرُه فيَقَعَ فيه؛ لِما رَوى أبُو هُرَيرةَ رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ أنه عَلَيْهِ الصَّلَاةُ وَالسَّلَامُ نَهى أن يَبيعَ حاضِرٌ لِبادٍ، وأن يَتناجَشوا[1]، رَواه البُخاريُّ ومسلمٌ وأحمدُ[2]، والتَّناجُشُ[3]: أن يكونَ اثنَين.

(و) كُرِه (السَّومُ على سَومِ غيرِه) وهو: أن يَرضى الْمُتعاقِدان بالبَيع، ويَستقِرَّ الثَّمَنُ بينهما، ولم يَبقَ إلا العقدُ، فيَزيدُ عليه، ويُبطِلُ بيعَه، لقَوله عَلَيْهِ الصَّلَاةُ وَالسَّلَامُ: «لا يَخطُبُ الرَّجُلُ على خِطبةِ أخِيه، ولا يَسومُ على سَومِ غيرِه» رَواه البُخاريُّ ومسلمٌ وأحمدُ[4].

وإنما يُكرَه إذا جَنَح قلبُ البائعِ إلى البَيعِ بالثَّمَنِ الذي سَمّاه الْمُشتَري، وأما إذا لم يَجنَح قلبُه ولم يَرضَ به: فلا بأسَ لغَيره أن يَشترِيَه بأزيَدَ؛ لأن هذا بيعُ مَن يَزيدُ، وقد قال أنسٌ رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ: إنه عَلَيْهِ الصَّلَاةُ وَالسَّلَامُ باع قَدَحًا وحِلْسًا[5] فيمن يَزيدُ، ....

---

(١) في (د): وأن يتفاحش، وفي (هـ): وأن لا يتناجشوا.
(٢) الإمام أحمد (٧٧٠٠)، والبخاري (٢١٤٠)، ومسلم (١٤١٣).
(٣) في (د): والتفاحش.
(٤) الإمام أحمد (١٠٦٠٥)، والبخاري بلفظ الحديث السابق (٢١٤٠)، ومسلم (١٤٠٨).
(٥) القدح: الذي يشرب فيه. «مختار الصحاح» ص٢٤٨.
والحلس: كساء يجعل على ظهر البعير، تحت رحله، والجمع أحلاس، مثل: حِمل وأحمال، والحلس بساط يبسط في البيت. «المصباح» ١/١٤٦، والأخير هو =

وتَلَقِّي الجَلَبِ، ....

رَواه أحمدُ والتِّرمذيُّ[1]، ولأنه بيعُ الفُقَراءِ، والحاجةُ ماسّةٌ إليه.

وكذلك يُكرَه النَّجَشُ فيما إذا كان الرّاغِبُ في السّلعةِ يَطلُبُها بمِثل ثَمَنِها، وأما إذا طَلَبها بدون ثمَنِها: فلا بأسَ بأن يَزيدَ إلى أن يَبلُغَ قِيمتَها، وكذا النَّهيُ عن الخِطبةِ مَحمولٌ على ما بعد الاتِّفاقِ والتَّراضِي.

(و) كُرِه (تَلَقِّي الجَلَبِ) أيضًا بفَتح اللّامِ، بمَعنى الْمَجلوبِ؛ لقَول ابنِ مَسعودٍ رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ: إنه عَلَيْهِ الصَّلَاةُ وَالسَّلَامُ نَهى عن تَلَقِّي البُيوعِ، رَواه البُخاريُّ ومسلمٌ[2]، وصورتُه: أن واحِدًا من أهل الْمِصرِ يَتلقّى الْمِيرةَ[3]، فيَشتَري منهم، ثم يَبيعُه بما شاء من الثَّمَن.

هذا إذا كان يَضُرُّ بأهل البَلَد، بأن كانُوا في قَحطٍ، وإن كان لا يَضُرُّ بهم: فلا بأسَ به، إلا إذا لَبَّسَ السِّعرَ على الوارِدين.

وقال بعضُهم: صورتُه: أن يَلتقِيَه رجلٌ من أهل الْمِصرِ، فيَشتريَه بأرخَصَ من سِعر الْمِصرِ، وهم لا يَعلَمون سِعرَ الْمِصرِ: فالشِّراءُ جائزٌ في الحُكم، ولكنه مَكروهٌ؛ لأنه غُرورٌ، سواءٌ استَضَرَّ به أهلُ الْمِصرِ أم لم يَستضِرُّوا به.

= المقصود هنا.

(1) الإمام أحمد (١٢١٣٤)، وأبو داود (١٦٤١)، والترمذي (١٢١٨)، والنسائي (٤٥٠٨)، وابن ماجه (٢١٩٨).

(2) البخاري (٢١٦٤)، ومسلم (١٥١٨).

(3) الميرة: الطعام. «المصباح» ٢/ ٥٨٧، وقد تقدم.

وبيعُ الحاضِرِ للبادِي، والبيعُ عند أذانِ الجُمُعةِ، ....

(و) كُرِه (بيعُ الحاضِرِ للبادِي) أيضًا؛ لما رُوِي عن ابنِ عبّاسٍ رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُمَا أنه قال: قال رَسولُ اللهِ صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ: «لا تَتلَقَّوا الرُّكبانَ، ولا يَبِعْ حاضِرٌ لبادٍ»، فقِيلَ لابن عبّاسٍ رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُمَا: ما قولُه: «لا يَبيعُ حاضِرٌ لبادٍ»؟ قال: لا يكونُ له سِمسارًا، رَواه البُخاريُّ ومسلمٌ وآخَرون[1].

وفي «الاختِيار»: هو: أن يَجلِبَ البادِي السِّلعةَ، فيَأخُذَها الحاضِرُ ليَبيعَها له بعد وقتٍ بأغلى[2] من السِّعر الْمَوجودِ وقتَ الجَلْبِ.

وفي «شَرح الطَّحاويّ»: صورتُه: أن الرَّجُلَ إذا كان له طَعامٌ، وأهلُ الْمِصرِ في قحطٍ، وهو لا يَبيعُه من أهل الْمِصرِ حتى يَتوسَّعوا، ولكن يَبيعُه من أهل البادِيةِ بثَمَنٍ غالٍ، وأهلُ الْمِصرِ يَتضرَّرون، فلا يجوزُ، وإذا كانُوا لا يَتضرَّرون بذلك فلا بأسَ ببَيعه منهم.

وإلى هذه الصُّورةِ ذَهَب صاحِبُ «الهِدايةِ».

و«الرُّكبانُ»: جمعُ راكِبٍ، ويُقالُ للمُتوسِّط بين البائِعِ والْمُشتَري: سِمسارٌ.

(و) كُرِه (البيعُ) أيضًا (عند أذانِ الجُمُعةِ) لقَوله تَعالى: ﴿وَذَرُوا۟ ٱلْبَيْعَ﴾ [الجمعة: ٩]، والأذانُ الْمُعتبَرُ في تَحريم البيعِ هو الأوَّلُ إذا وَقَع بعد الزَّوالِ على الْمُختار، وعند مالِكٍ وأحمدَ: لا يَنعقِد البيعُ أصلًا.

---

(١) البخاري (٢١٥٨)، ومسلم (١٥٢١)، ورواه أيضًا: رواه أبو داود (٣٤٣٩)، وابن ماجه (٢١٧٦).

(٢) في (ج): بأعلى.

لا بَيعُ مَن يَزيدُ.

ولا يُفرّقُ بين صَغيرٍ وذي رَحِمٍ مَحرَمٍ منه، ....

(لا) يُكرَه (**بَيعُ مَن يَزيدُ**) لما روَيْنا.

(**ولا يُفرّقُ**) البائعُ في البَيع (**بين صَغيرٍ**[1] **وذي رَحِمٍ مَحرَمٍ منه**) مِثلِ الأبِ والابنِ، والأُمِّ والابنِ، والأخَوَين.

والمَقصودُ منه القَرابةُ المُحرِّمةُ للنّكاح، حتى لا يَدخُلُ فيه قَريبٌ غيرُ مَحرَمٍ، ولا مَحرمٌ غيرُ قَريبٍ؛ لقَوله عَلَيهِ الصَّلاةُ وَالسَّلامُ: «**مَن فَرَّق بين والِدةٍ وولَدِها فَرَّق اللهُ بينَه وبين أَحِبّتِه يومَ القِيامةِ**»، رَواه أحمدُ والتّرمذيُّ[2]، وعن أبِي مُوسى رَضِيَ اللهُ عَنهُ قال: لَعَن رَسولُ اللهِ صَلَّى اللهُ عَلَيهِ وَسَلَّمَ مَن فَرّق بين الوالِدِ وولَدِه، وبين الأخِ وأخِيه، رَواه ابنُ ماجهْ والدّارَقُطنيُّ[3].

ثم لا بُدَّ من اجتِماعِهما في مِلكه، حتى لو كان أحَدُهما له والآخَرُ لابنِه الصَّغيرِ: له أن يَبيعَ أحَدَهما؛ لتَفرُّق الْمِلكِ، وكذا لو كان التَّفريقُ بحَقٍّ مُستحَقٍّ عليه، كدَفْعِ أحَدِهما بالجِناية، وبيعِه بالدَّين، ورَدِّه بالعَيب.

وكذا لا بأسَ بالتَّفريقِ إذا تَعذَّر إخراجُ أحَدِهما بالتَّدبيرِ، أو الاستِيلادِ، أو الكِتابةِ، وله أن يُعتِقَ أحَدَهما وإن كان فيه تَفريقٌ؛ لأنه أنفَعُ له من إبقائِه على الرِّقّ.

---

(١) في (هـ): بين صغير وكبير.

(٢) الإمام أحمد (٢٣٤٩٩)، والترمذي (١٥٦٦)، ورواه الدارقطني (٣٠٤٨) بلفظ الوالد والولد.

(٣) ابن ماجه (٢٢٥٠)، والبيهقي (١٨٣٢٢)، ولفظ الدارقطني (٣٠٤٦) الوالدة وولدها.

بخِلاف الكَبيرَين، والزَّوجَين.

وفي «النِّهايةِ»: هذا كلُّه إذا كان المالِكُ مُسلِمًا، حرًّا كان أو مُكاتَبًا، أو مَأذونًا له في التِّجارةِ، وأما إذا كان كافِرًا: فلا يُكرَه التَّفريقُ؛ لأن ما فيه من الكُفرِ أعظَمُ، والكُفَّارُ غيرُ مُخاطَبين بالشَّرائِع.

وعن أبي يوسفَ: أنه يَفسُد البيعُ في قَرابةِ الوِلادِ، ويجوزُ في غَيرِه، وعنه: أنه يَفسُد في الجَميعِ؛ لما روَيْنا، وبه قال زفرُ والثَّلاثةُ.

ولهما: أن رُكنَ البيعِ صَدَر من أهلِه مُضافًا إلى مَحلِّه، فيَنفُذ، والنَّهيُ لِمَعنًى في غَيره، فلا يُوجِب الفَسادَ، كالبَيع عند الأذانِ، ولكنه يُكرَه؛ للنَّهي.

(بخِلاف الكَبيرَين والزَّوجَين) حيث يجوزُ التَّفريقُ بينهما؛ لأن النَّصَّ وَرَد على خِلافِ القِياسِ في القَرابةِ الْمُحرِّمة للنِّكاح إذا كان صَغيرًا، فلا يُلحَق به غيرُه، وفيه خِلافُ أحمدَ، والله أعلمُ.

باب الإقالةِ

هي: فَسخٌ في حقِّ الْمُتعاقِدَين، بَيعٌ في حقِّ ثالِثٍ.

هذا (باب) في بَيانِ أحكامِ (الإقالةِ)

وهو مَصدَرٌ من أقال، أجوَفُ يائِيٌّ، ومَعناهُ: القَلعُ والرَّفعُ، وقِيل: هو مُشتَقٌّ من القَول، والهَمزةُ للسَّلب، أي: أزال القَولَ الأوَّلَ، وهو ما جَرى بينهُما من البَيع، كـ(أشكى): إذا أزال شَكواه، وهذا لا يصِحُّ؛ لأنه يُقالُ: قِلتُه البيعَ -بالكَسر-، فهذا يَدُلُّ على أن عَينَه ياءٌ، ولو كان من القَول لقِيل: (قُلتُه) بالضَّمّ.

(هي) أي الإقالةُ (فَسخٌ) أي إزالةٌ للبَيع (في حقِّ الْمُتعاقِدَين، بَيعٌ) جَديدٌ (في حقِّ ثالِثٍ) كالشَّفيع عند أبي حنيفةَ رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ، فإن لم يُمكِن جعلُه فسخًا، بأن كان الْمَبيعُ جارِيةً فوَلدَت[1]: بطَلَت الإقالةُ، ويَبقى البيعُ على حالِه.

---

(١) بعد القبض، أو هلك المبيع في غير المقايضة. «التبيين» ٤/ ٧٠. وقال الشلبي: قال الإتقاني: بخلاف ما إذا ولدت قبل القبض، حيث تكون الإقالة صحيحة عند أبي حنيفة. وحاصله: أن الجارية إذا ازدادت ثم تقايلا.. فإن كان قبل القبض: صحت الإقالة، سواء كانت الزيادة متصلةً كالسِّمن والجمال، أو منفصلةً كالولد والأَرْش والعُقر، إلا أن الزيادة قبل القبض لا تمنع الفسخ، منفصلةً كانت أو متصلةً، وإن كانت الزيادة بعد القبض: فإن كانت منفصلةً: فالإقالة باطلة عند أبي حنيفة؛ لأنه تعذر تصحيحها فسخًا بسبب الزيادة؛ لأن الزيادة المنفصلة مانعةٌ فسخَ العقد حقًّا للشرع، وأبو حنيفة لا يصحح الإقالة إلا بطريق الفسخ، وإن كانت الزيادة متصلة: =

....

وقال أبو يوسفَ: الإقالةُ بيعٌ، فإن تَعذَّر جعلُها بيعًا، كما في الْمَنقول قَبل القَبضِ: يُجعَل فسخًا، إلا أن لا يُمكِنَ، كما إذا ولَدَت الْمَبيعةُ: فبَطلَت الإقالةُ.

وقال محمدٌ: هي فسخٌ، إلا أن لا يُمكِنَ، بأن سَمّى ثمَنًا أكثرَ من الثَّمَن الأوَّلِ، أو جِنسًا آخَرَ: فيُجعَلُ بيعًا، إلا أن لا يُمكِنَ، فتَبطُلُ.

وقال زفرُ ومالِكٌ وأحمدُ في رِوايةٍ: هي فسخٌ في حقِّ الكلِّ بكُلِّ حالٍ، وعن مالِكٍ وأحمدَ في رِوايةٍ: بيعٌ بكلِّ حالٍ.

وفائدةُ قولِ أبي حنيفةَ أنها فسخٌ في حقِّ الْمُتعاقِدَين: تَظهَر في خَمس مَسائِلَ:

الأُولى: أنه يَجِب على البائِع الثَّمَنُ الأوَّلُ، وما سَمّيا عند الإقالةِ بخِلافه باطِلٌ.

الثّانيةُ: أنها لا تَبطُل بالشُّروط الفاسِدةِ، ولو كانَت بَيعًا في حقِّهما لفَسَد البيعُ، وعند الثَّلاثةِ: تَفسُدُ بها.

= فالإقالة صحيحة عنده؛ لأن الزيادة المتصلة عنده لا تمنع الفسخ، متى وُجد الرضا ممن له الحق في الزيادة، ببطلان حقه في الزيادة، وقد وُجد الرضا بما تقايلا، فأمكن تصحيحها فسخًا عنده، كذا قال في «الذخيرة». اهـ

واعلم أن المبيعة إذا ولدت بعد القبض فالإقالة حينئذ باطلة عند الإمام كما ذكر، وأما عندهما: فصحيحة، وتُجعلُ بيعًا جديدًا، أما عند أبي يوسف فظاهر؛ لأن الإقالة عنده بيع، وأما عند محمد: فلأنه تعذَّر جعلُها ههنا فسخًا، فتُجعلُ بيعًا جديدًا، فتنبه. اهـ

....

الثّالثةُ: إذا تَقايَلا، ولم يَستَرِدَّ البائعُ الْمَبيعَ حتى باعَه منه ثانيًا: جاز البيعُ، ولو كان بَيعًا في حقِّهما لبَطَل؛ لكَونِه بائِعًا ما اشتَراه قبل القبضِ، ولو باعَه من غَيرِ الْمُشتَري لا يجوزُ؛ لأنه بيعٌ جَديدٌ في حَقِّ غيرِهما.

الرّابعةُ: إذا وَهَب الْمَبيعَ من الْمُشتَري بعد الإقالةِ فالهِبةُ جائِزةٌ، ولو كان بَيعًا، فوَهَبه الْمُشتَري من البائِع، فقَبِله البائِعُ: يَنفسِخُ البيعُ.

الخامِسةُ: لو كان الْمَبيعُ مَكيلًا أو مَوزونًا، وقد باعَه منه بالكَيل أو الوَزنِ، ثم تَقايَلا، واستَرَدَّ الْمَبيعَ من غَير أن يُعيدَ الكَيل والوزنَ: صحَّ قبضُه، فلو كان بَيعًا لَما صحَّ من غَير إعادتِهما.

وأما فائِدةُ قَولِه: بيعٌ جَديدٌ في حقِّ ثالِثٍ: فكذلك تَظهَر في خَمسِ مَسائِلَ:

إحداها: إذا كان الْمَبيعُ عَقارًا، وسَلَّم الشَّفيعُ الشُّفعةَ، ثم تَقايَلا، وعاد الْمَبيعُ إلى مِلكه، فبَلَغ الشَّفيعَ، فطَلَب الشُّفعةَ: يُقضى له بها؛ لكَونه بيعًا في حقِّ غيرِهما.

الثّانيةُ: إذا باع الْمُشتَرِي الْمَبيعَ من آخَرَ وقَبَضه، أو لم يَقبِضه، ثم تَقايَلا، واطَّلَع على عَيبٍ كان عند البائِعِ الأوَّلِ، فأرادَ أن يَرُدَّه عليه بالعَيب: ليس له ذلك؛ لأنها بيعٌ في حقِّ الثّالثِ.

الثّالِثةُ: إذا اشتَرى شيئًا وقَبَضه، ولم يَنقُد الثَّمنَ حتى باعَه من آخَرَ، ثم تَقايَلا، وعاد إلى الْمُشتَري، فاشتَراه البائِعُ منه بأقلَّ من الثَّمَن قبل نقدِه: فالشِّراءُ جائِزٌ، فكان في حقِّ البائعِ كالْمِلك بسبَبٍ جَديدٍ.

وتَصِحُّ بِمِثْل الثَّمنِ الأوَّلِ.
وشَرْطُ الأكثَرِ والأقَلِّ بلا تَعيُّبٍ وجِنسٍ آخَرَ: لَغوٌ، ولَزِمه الثَّمنُ الأوَّلُ.

الرّابعةُ: لو وَهَب لرجلٍ شيئًا وقَبَضه، ولم يُعوِّضه حتى باعَه من آخَرَ، ثم تَقايَلا؛ ليس للواهِب[1] الرُّجوعُ فيها؛ لأن البائِعَ في حقِّ الواهِبِ بمَنزِلة المُشتَري.

الخامِسةُ: إذا اشتَرى بعُروض التِّجارةِ عبدًا للخِدمة بعدما حال عليها الحولُ، فوَجَد به عَيبًا، فرَدَّه بغَير قَضاءٍ، واستَرَدَّ العُروضَ، فهَلَكت في يَده: فإنه لا تَسقُط عنه الزَّكاةُ؛ لأنه بيعٌ جَديدٌ في حقِّ الثّالثِ، وهو الفَقيرُ.

(**وتَصِحُّ**) الإقالةُ (**بِمِثل الثَّمنِ الأوَّلِ، وشَرْطُ الأكثَرِ**) من الثَّمَن الأوَّلِ (**و**) شَرطُ (**الأقَلِّ**) منه (**بلا تَعيُّبٍ**) عند المُشتَري، قَيَّد به: لأنه إذا تَعيَّب عنده يجوزُ بالأقلّ، فيُجعَل الحَطُّ بإزاء ما فات بالعَيب (**و**) شَرْطُ (**جِنسٍ آخَرَ**) من خِلافِ الثَّمنِ الأوَّلِ (**لَغوٌ**) أي باطِلٌ عند أبي حنيفةَ؛ لأنها مُنبِئةٌ عن الفَسخ والإزالةِ، فتَقتَضي رفْعَ المَوجودِ.

(**و**) إذا كان كذلك (**لَزِمه الثَّمنُ الأوَّلُ**) وعند أبي يوسفَ: يَلزمُه ما شَرَط، وعند محمدٍ: يَلزمُه ما شَرَط في صُورةِ الزِّيادةِ وخِلافِ الجِنسِ، وفي صُورةِ اشتِراطِ الأقَلِّ يَلزمُه الثَّمنُ الأوَّلُ، ويَلغو الشَّرطُ.

---

(١) في (ز) و(ح): ثم تقايلا وعاد ليس للبائع.

وهَلاكُ الثَّمَن لا يَمنَع الإقالةَ، وهَلاكُ الْمَبيعِ يَمنَع، وهَلاكُ بعضِه: بقَدرِه.

(**وهَلاكُ الثَّمَن لا يَمنَع الإقالةَ**) لأن قِيامَ العقدِ ليس بالثَّمَن، بل بالْمَعقودُ عليه (**وهَلاكُ الْمَبيعِ يَمنَع**) صِحّةَ الإقالةِ؛ لأن قِيامَ العقدِ بقِيام الْمَعقودِ عليه (**وهَلاكُ بعضِه**) أي بعضِ الْمَبيعِ يَمنَع (**بقَدرِه**) وتَصِحُّ في باقِيه؛ لقِيام البيعِ في الباقِي، وهذا بالإجماع، إلا في وجهٍ للشّافعيّة.

يُوضِّح ذلك ما ذَكَره في «شَرح الطَّحاويّ»: أنه إذا تَبايَعا عينًا بعَينٍ مما يَتعيَّن كلٌّ منهما للعَقد، وتَقابَضا، ثم هَلَك أحَدُهما في يَد مُشتَريه، ثم تَقايَلا: فالإقالةُ صَحيحةٌ، وعلى الْمُشتَري قِيمةُ الهالِكِ، أو مِثلُه إن[1] كان مِثليًّا، يُسلِّمُه إلى صاحِبه، ويَستَرِدُّ العَينَ منه، وكذلك لو تَقايَلا والْمَعقودُ عليهما قائِمان، ثم هَلَك أحَدُهما.

ولو اشتَرى عَينًا مما يَتعيَّن للعَقد بثَمَنٍ دَينٍ[2]، كما إذا اشتَرى عَرْضًا من العُروض بعَينه بدَراهِمَ أو بدَنانيرَ، وعَيَّن الدَّراهِمَ أو الدَّنانيرَ، أو لم يُعيِّنْهُما؛ لأنهما لا يَتعيَّنان في الْمُبادَلات وإن عُيِّنَتا، وكذلك الفُلوسُ، وكذلك الكَيلِيُّ والوَزنِيُّ إذا كان مَوصوفًا بغَير عَينِه، والعَدَديُّ، لأن الكَيليَّ والوَزنيَّ أوصافُهما ثمَنٌ، وأعيانُهما سِلَعٌ، ثم تَقايَلا البيعَ، فإنه يُنظَر..

---

(١) في (ح): إلا إن كان.

(٢) في (د): بثمن عين.

إن كانَت العَينُ قائِمةً في يَد المُشتَري: صَحَّت الإقالةُ، سواءٌ كان الثَّمنُ قائمًا في يَد البائعِ أو هالِكًا؛ لأن الثَّمنَ وإن كان قائِمًا فهو في حُكم الهالِكِ؛ لأنه لا يَتعيَّن للعَقد.

ولو كان المَعقودُ عليهما عَرْضَين، وتَقابَضا، ثم هَلَكا، ثم تَقايَلا: لا تَصِحُّ الإقالةُ، وكذلك لو كان أحَدُهما هالِكًا وقتَ العقدِ، والآخرُ قائمٌ حتى صَحَّت الإقالةُ، ثم هَلَك القائمُ قَبل الرَّدِّ: بَطَلت الإقالةُ.

ولو عَقَدا عقْدَ السَّلَم ورأسُ المالِ عَرْضٌ يَتعيَّنُ للعَقد، أو دَراهِمُ أو دَنانيرَ أو فُلوسٌ، مما لا يَتعيَّن للعَقد، ثم تَقايَلا السَّلَمَ ورأسُ المالِ في يَد المُسلَمِ إليه قائمٌ أو هالِكٌ: فإن الإقالةَ صَحيحةٌ؛ لأن السَّلَمَ[1] وإن كان دَينًا في الحَقيقة فإنه له حُكمُ العَين؛ ألا تَرى أن استِبدالَه قبل القَبضِ لا يجوزُ، فصار كأنَّهما تَقايَلا وأحدُ المَعقودِ عليهما قائِمٌ، فإن كان رأسُ المالِ قائِمًا، وهو مما يَتعيَّن للعقدِ: فعلى المُسلَم إليه ردُّ عَينِه، وإن كان هالِكًا فعليه ردُّ القِيمةِ إن كان غيرَ مِثلِيٍّ، أو مِثلِه إن كان مِثليًّا.

وإن كان رأسُ المالِ مما لا يَتعيَّن للعقد: فعلَيه ردُّ مِثلِه، قائِمًا كان أو هالِكًا، وكذلك لو قبض المسلَم فيه[2]، ثم تَقايَلا والمَقبوضُ قائِمٌ في يدِ ربِّ السَّلَمِ: صَحَّت الإقالةُ على ما ذكَرْنا، وعلى ربِّ السَّلَمِ ردُّ

---

(١) في (ز) و(ح): لأن المسلم فيه.

(٢) في سوى (هـ) و(ز) و(ح): السلم. وانظر «البدائع» ٥/ ٢١٥.

....

عينِ ما قَبَض؛ لأن الْمَقبوضَ بعَقد السَّلَم كعَين ما وَرَد عليه العقدُ؛ ألا تَرى أنه يجوزُ بَيعُه مُرابَحةً على رَأس المالِ[1]، واللهُ أعلمُ.

(١) وإن تقايلا السلم في بعض المسلم فيه.. فإن كان بعد حل الأجل: جازت الإقالة فيه بقدْره إذا كان الباقي جزءًا معلومًا من النصف والثلث ونحو ذلك من الأجزاء المعلومة؛ لما ذكرنا أن الإقالة شرعت نظرًا، وفي إقالة البعض دون البعض ههنا نظر من الجانبين؛ لأن السلم بيع بأبخس الأثمان، لهذا سماه ابن عباس رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُمَا حسنًا جميلًا، فقال رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ: ذلك المعروف الحسن الجميل، والسلم في الباقي إلى أجله عند عامة العلماء، وقال ابن أبي ليلى: ينفسخ العقد في الكل، والصحيح قول العامة؛ لأن الإقالة وجدت في البعض لا في الكل، فلا توجب انفساخ العقد في الكل؛ لأن الحكم يثبت بقدر العلة، هذا هو الأصل.
وإن كان قبل حل الأجل ينظر.. إن لم يشترط في الإقالة تعجيل الباقي من المسلم: جازت الإقالة أيضًا، والسلم في الباقي إلى أجله، وإن اشترط فيها تعجيل الباقي: لم يصح الشرط، والإقالة صحيحة. «البدائع» ٥/ ٢١٥.

﴿ باب التَّولِيَةِ ﴾

هي بيعٌ بثَمنٍ سابِقٍ، والْمُرابَحةُ: به وبزِيادةٍ، ....

هذا (باب) في بَيان أحكامِ (التَّولِيَةِ)

وهي مَصدرُ وَلّى غيرَه: أي جَعَله والِيًا.

وفي الشَّرع: (هي) أي التَّولِيةُ (بيعٌ بثَمنٍ سابِقٍ) وهو البيعُ بالثَّمَن الأوَّل من غَير زِيادةٍ ولا نُقصانٍ.

(والْمُرابَحةُ) مَصدَرٌ من رابَحَ، وفي الشَّرع: هي بيعٌ (به) أي بثَمنٍ سابِقٍ (وبزِيادةٍ) وهذا التَّعريفُ أحسَنُ من قَول بعضِهم: هما نَقلُ ما مَلَكه بالعَقد الأوَّلِ بالثَّمن الأوَّلِ مع زِيادةِ رِبحٍ، أو من غَير زِيادةِ رِبحٍ؛ لأنه لا يُشتَرط فيه أن يَنقُلَ ما مَلَكه بالعَقد، حتى لو ضاع الْمَغصوبُ عند الغاصِبِ وضَمِن قِيمتَه، ثم وَجَده: جاز له أن يَبيعَه مُرابَحةً وتَولِيَةً على ما ضَمِن، وإن لم يكن فيه نَقلُ ما مَلَكه بالعَقد.

وفي «التُّحفة»: البيعُ في حقِّ البَدَل يَنقسِم خَمسةَ أقسامٍ:

بيعُ الْمُساوَمةِ: وهو البيعُ بأيِّ ثَمنٍ اتَّفَق، وهو الْمُعتادُ.

والثاني: بيعُ الْمُرابَحةِ، وهو: تَمليكُ الْمَبيعِ بمِثل الثَّمنِ الأوَّلِ وزِيادةِ رِبحٍ.

والثالثُ: بيعُ التَّولِيةِ، وهو: تَمليكُ الْمَبيعِ بمِثل الثَّمنِ الأوَّلِ من غَير زِيادةٍ ولا نُقصانٍ.

وشرطُهُما: كونُ الثَّمنِ الأوَّلِ مِثليًّا.

والرّابعُ: الاشتِراكُ، وهو: بيعُ التَّولِيَةِ في بَعض الْمَبيعِ من النِّصف ونحوِه.

والخامِسُ: بيعُ الوَضيعةِ، وهو: تَمليكُ الْمَبيعِ بمِثل الثَّمنِ الأوَّلِ مع نُقصانٍ يَسيرٍ منه.

(وشرطُهُما) أي شَرطُ التَّولِيَةِ والْمُرابَحةِ (كونُ الثَّمنِ الأوَّلِ) وهو الَّذي مُلِك به الْمَبيعُ ووَجَب بالعقد (مِثليًّا) أي مما له مِثلٌ، كالدَّراهِم، والدَّنانيرِ، والْمَكيلِ، والْمَوزونِ، فإذا كان الثَّمنُ الأوَّلُ ثوبًا -مثَلًا- أو حَيَوانًا: فمِثلُه قيمتُه، وهي مَجهولةٌ لا يُمكِن مَعرِفتُها حَقيقةً، فلم يَجُز، إلا إذا باعَه بذلك البَدَلِ ممن يَملِكُه، أو به وبزِيادةِ رِبحٍ مَعلومٍ؛ لانتِفاءِ الجَهالةِ حينَئذٍ.

ومِن شَرطِهما: أن لا يكونَ صَرفًا، حتى لو باع دَنانيرَ بدَراهِمَ[1] لا يجوزُ فيه الْمُرابَحةُ ولا التَّولِيةُ؛ لأنهما في الذِّمّة، فلا يُتصوَّر فيه الْمُرابَحةُ والتَّولِيةُ، والْمَقبوضُ غيرُ ما وَجَب بالعَقدِ.

وتوضيحُ ذلك ما ذَكَره في «التُّحفة»: إذا باع شيئًا مُرابَحةً على الثَّمَن الأوَّلِ فلا يَخلو إما أن يكونَ من ذَوات الأمثالِ كالدَّراهمِ والدَّنانيرِ، والْمَكيلِ والْمَوزونِ، والعَدديِّ الْمُتقارِبِ، أو يكونَ من العَدَديّات الْمُتفاوِتةِ، مِثلَ العَبيدِ والثِّيابِ والدُّورِ، والبَطاطيخِ والرُّمّانِ، ونحوِها.

(١) في (ز) و(ح): دراهم بدنانير.

....

أما إذا كان الثَّمَنُ الأوَّلُ مِثليًا، فباعَه مُرابَحةً على الثَّمَنِ الأوَّلِ بزيادةِ رِبحٍ: يجوزُ، سواءٌ كان الرِّبحُ من جِنس الثَّمَنِ الأوَّلِ أو لم يكن، بعد أن يكونَ شيئًا مُقدَّرًا مَعلومًا نحوَ الدِّرهَمِ، وثوبٍ مُشارٍ إليه، أو دينارٍ؛ لأن الثَّمنَ الأوَّلَ مَعلومٌ، والرِّبحُ مَعلومٌ.

فأما إذا كان الثَّمنُ الأوَّلُ لا مِثلَ له، فأراد بيعَه مُرابَحةً عليه.. فهذا على وَجهَين: إما أن يَبيعَه ممن كان العِوَضُ في يَدِه ومِلكِه أو من غيرِه، فإن باعَه ممن ليس في مِلكِه ويدِه لا يجوزُ؛ لأنه لا يَخلو إما أن يبيعَه مُرابَحةً بذلك العِوَضِ أو بقِيمتِه، ولا وجهَ للأوَّلِ؛ لأن العِوَضَ ليس في مِلك من يَبيعُه منه، ولا وجهَ أن يَبيعَه منه مُرابَحةً بقِيمتِه؛ لأن القِيمةَ تُعرَف بالحَزْرِ والظَّنِّ، فتَتمكَّنُ فيه شُبهةُ الخِيانةِ..

وأما إذا أرادَ أن يَبيعَه مُرابَحةً ممن كان العِوَضُ في يدِه.. فهذا على وجهَين؛ إن قال: أبيعُك مُرابَحةً بالثَّوب الذي في يَدِك وبرِبحِ عشَرةِ دَراهِمَ: جاز؛ لأنه جَعَل الرِّبحَ على الثَّوبِ عشَرةَ دَراهِمَ، وهي مَعلومةٌ.

وإن قال: (أبيعُك برِبحِ دَهْ يَازْدَهْ[1]): فإنه لا يجوزُ؛ لأن تَسمِيةَ (دَهْ يَازْدَهْ) أو أحَدَ عشَرَ[2] يَقتَضي أن يكونَ الرِّبحُ من جِنس رأسِ المالِ؛

---

(١) أي: العشرة بأحدَ عَشَر. «الدر المنتقى» ٤/ ٣١.

(٢) في (د): ده يازده أحد عشر، وفي (هـ): ده يازده وأحد عشر. وانظر الشلبي ٤/ ٧٤.

وله أن يَضُمَّ إلى رَأس المالِ: أجرَ القَصّارِ، والصَّبغِ، والطِّرازِ، والفَتْلِ، وحَمْلِ الطَّعامِ، وسَوقِ الغَنَمِ، ....

لأنه لا يكونُ أحَدَ عشَرَ إلا وأن يكونَ[1] الحادِي عشَرَ من جِنس العَشَرةِ، فصار كأنه باع بالثَّمَن الأوَّلِ، وهو الثَّوبُ، وبجزءٍ من الجِنس الأوَّلِ، والثَّوبُ لا مِثلَ له[2] من جِنسه.

(وله) أي للبائع (أن يَضُمَّ إلى رَأس المالِ أجرَ القَصّارِ) أي الذي قَصر الثَّوبَ (و) أُجرةَ (الصَّبغِ) بعُصفرٍ[3]، أو زَعفرانٍ، أو سَوادٍ، أو صُفرةٍ (و) أُجرةَ (الطِّرازِ، و) أُجرةَ (الفَتْلِ) مِن فَتَلْتُ الثَّوبَ: إذا أخرَجتُ له طُرّةً، كما يُعمَل في أطرافِ المَناديلِ والطَّيالِسةِ..

(و) أُجرةَ (حَمْلِ الطَّعامِ) أي تَحويلِه من مَوضِع الشِّراءِ (و) أجرةَ (سَوقِ الغَنَمِ) مِن مَوضِع الشِّراءِ إلى مَنزِله، وكذا غيرُ الغَنَم؛ لأن العُرفَ جَرى بإلحاقِ هذه الأشياءِ برأسِ المالِ.

وكذا يُضيفُ إلى رأسِ المالِ أُجرةَ الغَسلِ والخِياطةِ، ونَفَقةَ تَجصيصِ الدّارِ، وطَيِّ البئرِ، وكَرْيِ الأنهارِ والقَناةِ والمُسنّاةِ[4]، والكِرابِ[5]،

---

(١) في (ج) و(د): إلا أن يكون. وانظر الشلبي ٤/ ٧٤.
(٢) في (ج): والثوب له مثل من جنسه، وفي (ب): والثوب له مثل له منه جنسه. وانظر الشلبي ٤/ ٧٤.
(٣) في (أ) و(ج): كعصفر.
(٤) المسناة: حائط يبنى في وجه الماء، ويسمى السد. «المصباح» ١/ ٢٩١.
(٥) تقليب الأرض للحراثة. «المصباح» ٢/ ٥٢٩.

....

وكَسحِ[1] الكُرومِ وسَقيِها، والزَّرعِ، وغَرسِ الأشجارِ، فإن فَعَل شيئًا من ذلك بيده[2] لا يَضمُّه[3].

وفي «الْمُحيط»: أنه يَضُمُّ طَعامَ الْمَبيعِ، وكِسوتَه، وكِراءَه، وأُجرةَ السِّمسارِ إن كانَت مَشروطةً في العَقد، ولا يَضُمُّ أُجرةَ الدَّلّالِ بالإجماع، وكذا ما هو سبَبٌ لبَقائه، كالطَّعام، وفي الْمُخزَّن يُضَمُّ؛ لأنه تَزدادُ قِيمتُه من حيثُ إنه يَدفَعُ عنه ضرَرَ الحرِّ والبردِ، وفي «التُّحفَة»: وأما أُجرةُ السِّمسارِ في ظاهِرِ الرِّوايةِ مُلحَقٌ برَأسِ المالِ، وفي «البَرامِكة» قال: لا تُلحَق.

وقال الكَرْخِيُّ في «مُختَصَره»: وكذلك إذا كان مُضارِبًا أنفَق على الرَّقيق في طَعامِهم وكِسوتِهم وما لا بُدَّ منه، إذا كان ما أنفَق من ذلك بالْمَعروف، فإن كان أسرَف لم يَضُمَّ الفَضل، وضَمَّ ما بَقِي.

ولا يَضُمُّ ما أنفَق على نَفسِه في سَفَره، وكِسوتِه، وطَعامِه، ومَركَبِه، ودَهنِه، وغَسلِ ثِيابِه.

ولا يَضُمُّ أيضًا ما أنفَق على مَرَض الرَّقيقِ من أُجرةِ طَبيبٍ، أو حَجّامٍ، أو دَواءٍ، ولا يَضُمُّ جُعْلَ الآبِقِ.

---

(1) كسحت البيت كَسْحًا، من باب نفع: كنسته، ثم استعير لتنقية البئر والنهر وغيره، فقيل: كسحته إذا نَقَّيته، وكسحت الشيء قطعته وأذهبته. «المصباح» ٢/ ٥٣٣.

(2) سقطت من النسخ سوى (ج) و(هـ). وانظر «التبيين» ٤/ ٧٤.

(3) أي وكذلك لو تَطَوَّع متطوعٌ بهذه الأعمال أو بإعارة. اهـ كمال. «الشلبي» ٤/ ٧٤.

ويقولُ: قام عَليَّ بكذا.

ولا يَضُمُّ أُجرةَ الرّاعي، والتَّعليمِ، وكِراءَ بَيتِ الحِفظِ.

فإن خان في مُرابَحةٍ: أَخَذ بكلِّ ثمَنِه، أو رَدَّه، وحَطَّ في التَّولِية.

ولا يَضُمُّ التّاجِرُ أيضًا ما أنفَق على نَفسه، ولا يَضُمُّ ما أنفَق على الرَّقيق في تَعليمِ صِناعةٍ، ولا قُرآنٍ، ولا شِعرٍ، ولا في تَعليمِ غيرِ ذلك.

(**ويقولُ: قام**) هذا (**عَليَّ بكذا**) من الدَّراهِم أو الدَّنانيرِ، ولا يقولُ: (**اشتَريتُه بكذا**)؛ تَحرُّزًا عن الكَذِب.

(**ولا يَضُمُّ أُجرةَ الرّاعي و**) أُجرةَ (**التَّعليمِ، وكِراءَ بَيتِ الحِفظِ**) لعَدَم العُرفِ بإلحاقِه برَأس المالِ.

وكذا لا يَضُمُّ حَفرَ البِئرِ، وأُجرةَ الطَّبيبِ، والرّائضِ، والبَيطارِ، والحِجامةِ، وجُعلَ الآبِقِ، ونَفَقةَ نفسِه، وكِراءَه، وأُجرةَ الخِتانِ، والفِداءَ في الجِنايةِ، والذي يُؤخَذ في الطَّريق من الظُّلم، إلا في مَوضِعٍ جَرَت العادةُ فيه بينَهم بالضَّمِّ.

ولو زَوَّج عبدَه لا يَضُمُّ الْمَهرَ إلى رَأس المالِ.

ويَضُمُّ أُجرةَ مَن يَذبَح الحَيَوانَ ويَسلَخُها، ويَتَّخِذُ الخشَبَ أبوابًا، ويَثقُب اللُّؤلؤَ.

(**فإن خان**) البائعُ (**في مُرابَحةٍ أَخَذ**) الْمُشتَري (**بكلِّ ثمَنِه أو رَدَّه**) أي الْمَبيعَ.

(**وحَطَّ**) الْمُشتَري (**في التَّولِية**) إذا خان فيها، صورتُه: اشتَرى شيئًا

....

بتِسعةٍ، وقالَ لآخرَ: اشتَريتُه بعَشَرةٍ، وأبيعُك بربحِ دِرهَمٍ، فاشتَراه على ذلك، ثم تَبيَّن أنه خانَه في دِرهَمٍ: يُخيَّر عند أبي حنيفةَ، إن شاء أخَذ الْمَبيعَ بكلِّ الثَّمَن، وإن شاء تَرَك، ولو خان في بَيعِ التَّولِيةِ على هذا الوَجه: يَحُطُّ قَدْرَ الخِيانةِ عنده.

وعند أبي يوسف رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ: يَحُطُّ قَدْرَ الخِيانةِ في التَّولِية، وقَدْرَها وقَدْرَ ما يَخُصُّها في الرِّبحِ من الْمُرابَحة، وبه قال أحمدُ والشّافعيُّ في قولٍ؛ لأن بيعَ التَّولِيةِ والْمُرابَحةِ على الثَّمَن الأوَّلِ، فيَتقدَّرُ بقَدْره، ويَحُطُّ الزِّيادةَ عنه.

وعند محمدٍ: يُخيَّر فيهما جَميعًا، إن شاء أخَذ بجَميع الثَّمَن، وإن شاء تَرَك؛ لأنهما تَراضَيا، فلا مَعنى للحَطِّ، إلا أن الْمُشتَريَ صار مَغرورًا، فيَتخيَّرُ، وبه قال مالِكٌ والشّافعيُّ في قولٍ.

وعن مالِكٍ -وهو قولٌ عن الشّافعيّة-: لا يَصِحُّ البيعُ.

وله: أن التَّولِيةَ بيعٌ بالثَّمَن الأوَّلِ من كلِّ وجهٍ، فيَتقدَّر به، وأما الْمُرابَحةُ: فليست كذلك، وذِكرُ الثَّمَنِ الأوَّلِ للمَنعِ عن النُّقصانِ لا للتَّعريفِ به، فلا مَعنى للحَطِّ، فيُخيَّر.

ولو هَلَك الْمَبيعُ قَبل أن يَرُدَّه، أو حَدَث به ما يَمنَع الرَّدَّ: لَزِمه بجَميع الثَّمَن الْمُسمّى، وسَقَط خِيارُه عند أبي حنيفةَ، وهو الْمَشهورُ من قَول محمدٍ، وعن[1] محمدٍ: أن الْمُشتَريَ يَرُدُّ قِيمةَ الْمَبيعِ، ويَرجِعُ على

(١) في (ب) و(هـ): وعند.

ومَن اشتَرى ثوبًا، فباعَه بربحٍ، ثم اشتَراه.. فإن باعَه بربحٍ: طَرَح عنه كلَّ ربحٍ قبلَه، ....

البائع بما دَفَعه إليه من الثَّمَن، وعلى قَول أبي يوسفَ: يَحُطُّ كيفما كان، وكذا عند أبي حنيفةَ في التَّولية.

ولو وَجَد الْمَولى بالْمَبيعِ عَيبًا، ثم حَدَث به عندَه عَيبٌ آخَرُ: لا يَرجِع بنُقصانِ العَيب؛ لأنه لو رَجَع يَصيرُ الثَّمنُ الثّاني أنقصَ من الأوَّل، وقَضيّةُ التَّوليةِ أن يكونَ مِثلَ الأوَّلِ، فافهم.

(**ومَن اشتَرى ثوبًا، فباعَه**) أي الثَّوبَ (**بربحٍ، ثم اشتَراه**) أي ذلك الثَّوبَ (**فإن باعَه**) يَعني: فإن أرادَ أن يَبيعَه (**بربحٍ**) ثانيَ مَرّةٍ (**طَرَح عنه**) أي عن الثَّوبِ (**كلَّ ربحٍ**) كان (**قبلَه**) أي قبلَ هذا البيعِ، هذا عند أبي حنيفةَ، وعندهما: يَبيعُه مُرابَحةً على الثَّمنِ الأخيرِ.

صورتُه: اشتَرى ثوبًا بعِشرين، ثم باعَه مُرابَحةً بثَلاثين، ثم اشتَراه بعِشرين: فإنه يَبيعُه مُرابَحةً على عشَرةٍ، يقولُ: قام عَليَّ بعشَرةٍ، وعندهما: يَبيعُه مُرابَحةً على العِشرين، وبه قال الشّافعيُّ ومالِكٌ؛ لأن هذا شِراءٌ جَديدٌ لا تَعلُّقَ له بالأوَّلِ، فلا يُعتبَر فيه ما رَبِحه قبل ذلك.

وله: أنَّ بيعَ الْمُرابَحةِ بِناءٌ على الأمانة، وهنا شُبهةُ الخِيانةِ ثابِتةٌ؛ لأن الرِّبحَ الذي رَبِحه في الأوَّلِ في مَعرِض السُّقوطِ بفَسخِ البيعِ الأوَّلِ بظُهور العَيبِ.

وإن أَحاط بثَمَنه: لم يُرابح.

ولو اشتَرى مَأذونٌ مَديونٌ ثوبًا بعَشَرةٍ، وباعَه مِن سيِّدِه بخَمسةَ عشَرَ: يَبيعُه مُرابَحةً على عشَرةٍ، ....

(وإن أَحاط) الرِّبحُ، أي استَغرَق (بثَمَنه) بأن اشتَراه بعِشرين، وباعَه بأربَعين مُرابَحةً، ثم اشتَراه بعِشرين (لم يُرابِح) يَعني: لا يَبيعُه مُرابَحةً أصلًا عند أبي حنيفةَ، خِلافًا لهما.

(ولو اشتَرى) عبدٌ (مَأذونٌ مَديونٌ ثوبًا بعَشَرة) دَراهِمَ (وباعَه) أي باع الْمَأذونُ الثَّوبَ (مِن سيِّدِه بخَمسةَ عشَرَ) دِرهَمًا (يَبيعُه) السَّيِّدُ (مُرابَحةً على عشَرةٍ) لأن العقدَ بينهما وإن كان صَحيحًا ولكن له شُبهةُ العدَمِ؛ لأن العبدَ مَلَكه، وما في يَدِه لا يَخلو عن حقِّه، فصار كأنه اشتَراه للمَولى بعشَرةٍ، فيُعتبَر هذا لا غيرُ.

وقولُه: (مَديونٌ) وَقَع اتِّفاقًا[1]؛ ....

(١) قال الشلبي ٤/ ٧٧: قال الإتقاني: وقد اختلفت نسخ شروح «الجامع الصغير»، فقد قيد فخر الإسلام دين العبد بالمستغرق، وقال الصدر الشهيد: عبد مأذون عليه دين محيط برقبته أو غير محيط، وقاضي خان قيَّد بالمحيط أيضًا، والعتابي قيد بالمأذون فحسب، ولم يذكر الدين أصلًا، وقال في «شرح الطحاوي»: لو اشترى من مماليكه وعبدُه المأذون عليه دين أوْ لا دين عليه، ومكاتبه: فإنه يبيعه مرابحة على أقل الضمانين، إلا أن يبين الأمر على وجهه، ولكن فسر الفقيه أبو الليث في «شرح الجامع الصغير» فقال: فإن كان العبد لا دين عليه: فالشراء الثاني باطل؛ لأن العبد إذا كان لا دَين عليه فماله لمولاه، فإذا اشترى منه المولى صار كأن المولى اشترى مال نفسه، فلا يكون في هذا الشراء فائدةٌ، ولو كان العبد عليه دَينٌ: =

وكذا العَكس، ....

لأنه إذا كان لا يجوزُ مع الدَّينِ[1] أن يَبيعَه مُرابَحةً، فمع عدَمِ الدَّينِ[2] أولى؛ لوُجودِ مِلكِ الْمَولى فيه بالإجماع.

والْمُكاتَبُ كالعَبد الْمَأذونِ له.

(وكذا) حُكمُ (العَكس) وهو أن يَشترِيَ الْمَولى ثوبًا بعشَرةٍ، ثم باعَه من عَبده الْمَأذونِ له في التِّجارةِ بخَمسةَ عشَرَ: يَبيعُه العبدُ مُرابَحةً على عشَرةٍ لا غيرُ؛ لما ذكَرْنا.

= جاز شراء المولى منه؛ لأن المولى بهذا الشراء يستفيد ملك اليد، ولكن لا يبيعه مرابحةً إلا بعشرة؛ لأن العبد إذا كان عليه دينٌ فماله لمولاه من وجه؛ لأن المولى يقدر على تحصيل ماله لنفسه لو قضى دين العبد، فإذا كان هكذا: فشراء المولى منه شراء من وجه، وليس بشراء من وجه، وبيع المرابحة بيع الأمانة، فيؤخذ فيه بالاحتياط، فيبيعه على أقل الثمنين، والحاصل أن العقد الواقع بين المولى وعبده المأذون المديون والمكاتب جائز؛ لإفادة ملك اليد، ولكن له شبهة العدم؛ لأن الحاصل للعبد لا يخلو عن حق المولى، ولهذا كان للمولى قضاء دين العبد واستخلاص أكسابه، وكذلك المكاتب إذا عجز ورُدّ في الرق تُسَلَّمُ أكسابه للمولى، فكان الملك للعبد واقعًا للمولى، فإذا باع المولى من عبده يُجعل العقد كالعدم للشبهة، ويكون العبد في البيع الثاني كالوكيل عن مولاه، فلو ثبتت الوكالة حقيقةً لم يبعه إلا على عشرة، فلذا تَمَكّنت شبهة الوكالة؛ لأن الشبهة ملحَقةٌ بالحقيقة في بيع المرابحة، وإذا اشترى من مولاه يُجعل العبد كالوكيل بالشراء عن مولاه، فلو كانت الوكالة ثابتةً حقيقةً: لم يبع المولى إلا على عشرة، فكذا إذا تمَكَّنت شبهة الوكالة. اهـ

(١) في (د): لا يجوز بيع المدين. وانظر «التبيين» ٤/ ٧٧.
(٢) في (د): المدين. وانظر «التبيين» ٤/ ٧٧.

ولو كان مُضارِبًا: بالنِّصف.

باع ما اشتَرى بعشَرةٍ من رَبِّ المالِ بخَمسةَ عشَرَ: رابَحَ باثنَي عشَرَ ونِصفٍ.

(ولو كان) الَّذي عَمِل هذا العمَلَ (مُضارِبًا) بأن كان معه عشَرةُ دَراهِمَ مُضارَبةً (بالنِّصف) فاشتَرى ثَوبًا بعشَرةٍ، ثم (باع ما اشتَرى بعشَرةٍ من رَبِّ المالِ بخَمسةَ عشَرَ) دِرهَمًا (رابَحَ) ربُّ المالِ (باثنَي عشَرَ ونِصفٍ) لأن نِصفَ الرِّبحِ -وهو دِرهمانِ ونصفٌ[1]- سَلِم لرَبِّ المال، ولم يَخرُج عن مِلكه، فيُحَطُّ عن الثَّمَن، فيَبقى اثنا عشَرَ ونِصفٌ، فيُرابِح عليها.

وقال زفرُ: لا يجوزُ هذا البيعُ من رَبِّ المالِ؛ لأنه بيعُ مالِه بمالِه، قُلنا: يَستفيدُ كلٌّ منهما بهذا العقدِ مِلكَ اليدِ والتَّصرُّفِ، وإن كان لا يَستفيدُ مِلكَ الرَّقَبةِ، فكان صَحيحًا؛ لإفادته[2].

(١) في (أ): وهو درهما ونصف، وفي (ب): وهو درهم ونصف. وانظر «التبيين» ٤/ ٧٧.

(٢) ولا يلزم من جواز البيع إفادةُ مِلك الرقبة، ألا ترى أن المكاتب تجوز تصرفاته ولا يفيد ملك الرقبة، وإنما يفيد ملك اليد، فعلم بذلك أن البيع يتبع الفائدة لا الملك عينًا، وقد وجدت الفائدة هنا، أما في حق المضارب فظاهر، وأما في حق رب المال: فإنه يملك التصرف فيما اشتراه منه بالشراء، ولا يملكه قبله، وإن كان ملكه؛ لأن المضارب تعلق له به حق، ولهذا لا يملك رب المال وطء الجارية التي اشتراها المضارب وإن لم يكن له فيها ربح، وكذا لا يملك نهيه عن بيع العروض والكلام فيه، لكنه مع هذا فيه شبهة العدم؛ لأن المضارب وكيل عنه في البيع الأول من وجه، فاعتبر البيع الثاني عدمًا في حق نصف الربح. «التبيين» ٤/ ٧٧.

ويُرابِحُ بلا بَيانٍ: بالتَّعيُّب، ووَطءِ الثَّيِّبِ، وببَيانٍ: بالتَّعيُّب، وفي وَطءِ البِكرِ.

(ويُرابِحُ) مَن يُريدُ الْمُرابَحةَ **(بلا بَيانٍ بالتَّعيُّب)** أي بتَعيُّب الْمَبيعِ عنده من غَير صُنعِه، ومَعنى **(بلا بَيانٍ)**: من غَير بَيانٍ أنه اشتَراه سَليمًا بكذا من الثَّمَن، ثم أصابَه العيبُ عنده بعد ذلك، وأما بَيانُ نفسِ العَيبِ: فلا بُدَّ منه؛ لقَوله عَلَيْهِ الصَّلَاةُ وَالسَّلَامُ: «**مَن غَشَّنا فليس منّا**»[1]، فلا يجوزُ إخفاؤُه.

(و) كذا يُرابِحُ بلا بَيانٍ في **(وَطءِ)** الجارِيةِ **(الثَّيِّبِ)** لأنه لم يُحتَبس عندَه شيءٌ بمُقابَلة الثَّمَن؛ لأن الفائِتَ وصفٌ، وهو لا يُقابِله شيءٌ من الثَّمَن بمُجرَّد العقدِ؛ لكَونه تبَعًا[2]، ولهذا لو حَدَث بالْمَبيع عَيبٌ قَبل القَبضِ لا يَسقُط شيءٌ من الثَّمَن، غيرَ أن الْمُشتَريَ يَتخيَّر بين أخذِه بكلِّ الثَّمنِ وتَركِه، وعن أبي يوسف في التَّعيُّب: أنه لا يَبيعُ من غَير بَيانٍ، كما إذا حَصَل بفِعلِه، وبه قال الشّافعيُّ وزفرُ.

(و) يُرابِحُ **(ببَيانٍ بالتَّعيُّب)** منه، سواءٌ كان بفِعله بنَفسه[3] أو بفِعل غيرِه وأَخَذ أرْشَه؛ لأنه صار مَقصودًا بالإتلاف، فيُقابِلُه شيءٌ من الثَّمَن **(و)** كذا يُرابِحُ ببَيانٍ **(في وَطءِ البِكرِ)** لأنه تَعيُّبٌ؛ لأن العُذرةَ جُزءٌ من العَين، فبإزالتِها تَعييبٌ لها، فيُقابِله الثَّمَنُ.

---

(١) رواه مسلم (١٠١).

(٢) في (ج) و(ب): لكونه بيعا.

(٣) في (أ): بفعله نفسه، وفي (د) و(هـ): بفعل نفسه.

ولو اشتَرى بألفٍ نَسيئةً، وباع بربحِ مِائةٍ، ولم يُبيِّن: خُيِّر الْمُشتَري، فإن أتلَف فعَلِم: لَزِم بألفٍ ومِائةٍ، ....

وإن تَعيَّب بفِعل الْمَبيعِ في نفسِه، كما إذا فَقَأ عينَ نفسِه: فهو بمَنزِلة ما لو تَعيَّب بآفةٍ سَماويةٍ، فجاز أن يَبيعَه مُرابَحةً بلا بَيانٍ.

ثم في كلِّ مَوضِعٍ ليس له أن يَبيعَه مُرابَحةً إلا ببَيانٍ، فلم يُبيِّن: فللمُشتَري أن يَرُدَّه عليه إذا عَلِم خِيانتَه.

وعلى هذا: لو اشتَرى ثوبًا، فأصابَه قَرْضُ فأرٍ، أو حَرْقُ نارٍ: يَبيعُه مُرابَحةً من غَير بَيانٍ، ولو تكسَّرَ بنَشرِه وَطَيِّه: لا يَبيعُه مُرابَحةً حتى يُبيِّنَ.

وفي «الغاية»: وفي قولِ زفرَ: إذا اعوَرَّت بآفةٍ سَماويةٍ لا يَبيعُها مُرابَحةً من غَير بَيانٍ؛ لأنها قد تَغيَّرت عن حالِها التي اشتَراها، قال الفَقيهُ أبُو اللَّيث: وقولُ زفرَ أجودُ، ثم قال: وبه نَأخُذ.

(ولو اشتَرى) شخصٌ شيئًا (بألف) دِرهَم (نَسيئةً) أي إلى أجَلٍ (وباع بربحِ مِائةٍ، ولم يُبيِّن) أنه اشتَراه إلى أجَلٍ (خُيِّر الْمُشتَري) بين أن يَأخُذَه أو يَترُكَه؛ لأنه يُزادُ على الثَّمَن لأجْل الأجَلِ، وكذا في التَّولِية إذا عَلِم أن الثَّمنَ كان مُؤجَّلًا يَثبُت له الخِيارُ.

(فإن أتلَف) الْمُشتَري الْمَبيعَ في هذه الصُّورةِ (فعَلِم) أي ثم عَلِم أن الثَّمنَ كان مُؤجَّلًا (لَزِم) البيعُ الْمُشترِيَ (بألفٍ ومِائةٍ) لأن الأجلَ ليس بمالٍ مُتقوَّمٍ، فلا يُقابِله شيءٌ من الثَّمَن، وكذا الحُكمُ في هَلاكِ الْمَبيعِ.

وكذا التَّولِيةُ.

ومَن ولّى رَجُلًا شيئًا بما قامَ عليه، ولم يَعلَم الْمُشتَري بكم قامَ عليه: فَسَد، ولو عَلِم في الْمَجلِس: خُيِّر.

(وكذا التَّولِيةُ) مِثلُ الْمُرابَحةِ فيما ذكَرْنا من الخِيار ما دام الْمَبيعُ قائِمًا، وبعد الهَلاكِ أو الاستِهلاكِ: لا خِيارَ له، بل يَلزَمُه جَميعُ الثَّمنِ؛ لما ذكَرْنا، وعن أبي يوسف: أنه يَرُدُّ قِيمةَ الهالِكِ، ويَستَرِدُّ كلَّ الثَّمَن، وقال الفَقيهُ أبُو جَعفَرٍ: الْمُختارُ للفَتوى أن يُقوَّمَ الْمَبيعُ بثَمَنٍ حالٍّ وبثَمَنٍ مُؤَجَّلٍ، فيَرجِعَ عليه بفَضلِ ما بينهما؛ للتَّعارُف.

(ومَن ولّى رَجُلًا شيئًا) أي باع له بالتَّولِية (بما قامَ عليه، و) الحالُ أنه (لم يَعلَم الْمُشتَري بكم قامَ عليه) أي على الْمُولِّي (فَسَد) البيعُ؛ لجَهالةِ الثَّمَن (ولو عَلِم) الْمُشتَري بكم قامَ عليه (في الْمَجلِس) قَبل الافتِراقِ (خُيِّر) بين أخذِه وتركِه؛ لأن جَهالةَ الثَّمَن فَسادٌ في صُلبِ العقدِ، إلا أنه في مَجلِس العقدِ غيرُ مُتقرِّرٍ، فإذا عُلِم فيه ارتَفعَت الجَهالةُ.

وإنما يُخيَّر لخَلَلٍ[1] في رِضاه[2]؛ لأن الرِّضا بالشَّيء لا يَتِمُّ قبل العِلمِ به.

وإذا عَلِم بعد الافتِراقِ: لا يَصِحُّ البيعُ؛ لتَقرُّر الفسادِ.

---

(١) في (د) و(هـ): وإنما لم يجز الخلل.

(٢) قال الإتقاني: وإنما وجب الخيار لخلل في الرضا؛ لأن الرضا لا يتحقق قبل المعرفة بمقدار الثمن، كما لا يتحقق قبل الرؤية للجهل بالصواب، وقد ورد الشرع في خيار الرؤية، وهذا في معناه، فكان ملحقًا به. اهـ. شلبي ٤/ ٧٩.

فصلٌ [في بيانِ أحكام البَيع قبلَ قبضِ الْمَبيعِ والتَّصرُّفِ في الثَّمنِ بالزِّيادة والنُّقصانِ وغيرِ ذلك]

صحَّ بيعُ العَقارِ قَبل قبضِه، لا بيعُ الْمَنقولِ.

هذا (فصلٌ) في بَيانِ أحكام البَيعِ قبلَ قبضِ الْمَبيعِ والتَّصرُّفِ في الثَّمنِ بالزِّيادة والنُّقصانِ وغيرِ ذلك

(صحَّ بيعُ العَقارِ) الَّذي اشتَراه (قَبل قبضِه) عندهما، وعند محمدٍ: لا يَصِحُّ؛ لقَوله عَلَيْهِ الصَّلَاةُ وَالسَّلَامُ: «إذا اشتَريتَ شيئًا فلا تَبِعه حتى تَقبِضَه»، رَواه أحمدُ[1]، وبه قال الشّافعيُّ.

ولهما: أن عدَمَ الجَوازِ في الْمَنقولِ لخَطَر انفِساخِ البيع بهَلاك الْمَعقودِ عليه، وهذا لا يَتحقَّق في العَقار، وما رَواهُ مَعلولٌ بغَرَر[2] انفِساخِ العقدِ بالهَلاك قبل القَبض، وذلك لا يُتصوَّر فيه.

والإجارةُ قَبل القبضِ.. قِيل: على هذا الخِلافِ، وقِيل: إنه لا يجوزُ بلا خِلافٍ، وهو الصَّحيحُ.

(لا) يَصِحُّ (بيعُ الْمَنقولِ) قبل القَبضِ؛ لما روَيْنا، وعند مالِكٍ: بيعُ

---

(١) روى الإمام أحمد (١٥٣١٦) عن حكيم بن حزام قال: قلت: يا رسول الله! إني أشتري بيوعًا فما يحل لي منها، وما يحرم علي؟ قال: «فإذا اشتريت بيعًا فلا تبعه حتى تقبضه».
وروى مسلم (١٥٢٩) عن جابر بن عبد الله قال: كان رسول الله صَلَّى اللهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ يقول: «إذا ابتعت طعامًا فلا تبعه حتى تستوفيه».

(٢) في (ب): بقدر.

....

الطَّعامِ بالطَّعام قَبل القَبضِ لا يجوزُ، وبيعُ[1] ما سِواه من الْمَنقولاتِ يجوزُ قبلَ القَبضِ، وبه قال أحمدُ.

ولو كاتَبَ العبدَ الْمَبيعَ قبل القبضِ تَوقَّفت كِتابتُه، وكان للبائِع حَبسُه بالثَّمَن، وإن نَقَد الثَّمنَ نَفَذت الكِتابةُ.

ولو وَهَب الْمَبيعَ قبل القبضِ، أو تَصدَّق به، أو أقرَضه أو رَهَنه ن غَير البائعِ: لم يَجُز عند أبي يوسف، ويجوزُ عند محمدٍ، وهو الأصحُّ.

وما لا يجوزُ بيعُه قَبل القبضِ لا تجوزُ إجارتُه.

ولا يجوزُ بيعُ الأُجرةِ[2] العينِ قبل القَبضِ؛ لأنه بمَنزِلة الْمَبيعِ[3].

ويجوزُ تَزويجُ الأمةِ الْمَبيعةِ قَبل القَبضِ؛ لأن تَمكُّنَ الغَرَرِ فيه لا يَمنَع جَوازَه؛ ألا تَرى أنه لو زَوَّج أمَتَه الآبِقةَ جاز[4].

ولو وَهَب الْمَبيعَ من البائِع قبل القبضِ، فقَبِله[5] البائعُ: انتَقَض البيعُ، ولو باعَه منه لم يَصِحَّ هذا البيعُ، ولم يَنتقِض البيعُ الأوَّلُ؛ لأن الهِبةَ مَجازٌ عن الإقالة، بخِلاف البيعِ.

وفي «شَرحِ الطَّحاويِّ»: ولو أوصى لرَجُلٍ قَبل القَبضِ صَحَّت الوَصِيَّةُ بالإجماع؛ لأن الوَصِيَّةَ أُختُ الْمِيراثِ، ولو مات قَبل القَبضِ يكونُ

---

(١) في (ز) و(ح): يبيع.
(٢) في (ز) و(ح): أجرة، وانظر.
(٣) ألا ترى أن العين لو هلكت انتقضت الإجارة. «التبيين» ٤/ ٨١.
(٤) وإن تمكن الغرر فيه، فإنها لا يُدرى أحية هي أم ميتة. «التبيين» ٤/ ٨١.
(٥) في (أ): فقتله.

ولو اشتَرى مَكيلًا كَيلًا: حَرُم بيعُه وأكلُه حتى يَكيلَه، ومِثلُه الْمَوزونُ، والْمَعدودُ، ....

مَوروثًا، فكذلك الوَصِيةُ.

وفي «الإيضاح»: كلُّ عِوَضٍ مُلِكَ بالعَقد يَنفسِخ العقدُ فيه بهَلاكِه قَبل القَبضِ: لم يَجُز التَّصرُّفُ فيه، كالْمَبيعِ، والأُجرةِ إذا كانَت عينًا، وبَدَلِ الصُّلْحِ إذا كان مُعيَّنًا، وما لا يَنفسِخ العقدُ بهَلاكه فالتَّصرُّفُ فيه جائزٌ قبلَ القَبضِ، كالْمَهر، وبَدَلِ الخُلْعِ والعَتقِ على مالٍ، وبَدَلِ الصُّلْحِ عن دَم العمدِ.

(ولو اشتَرى مَكيلًا) أي ما يُكالُ (كَيلًا) أي من حيثُ الكيلُ (حَرُم بيعُه وأكلُه حتى يَكيلَه) أي حتى يُعيدَ الكيلَ؛ لما رَوى جابرٌ رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ أنه عَلَيْهِ الصَّلَاةُ وَالسَّلَامُ نَهى عن بيعِ الطَّعامِ حتى يَجرِيَ فيه الصاعانِ[1]: صاعُ البائعِ، وصاعُ الْمُشتَري، رَواه ابنُ ماجَهْ والدّارَقُطنيُّ[2].

بخِلاف ما إذا باعَه مُجازَفةً؛ لأن الزِّيادةَ له إذا وَجَده أكثرَ من كَيل البائعِ، وبخِلافِ ما إذا باع الثَّوبَ مُذارَعةً، ولم يُسمِّ لكلِّ ذِراعٍ ثمَنًا؛ لأن الزِّيادةَ له على ما بيَّنّا.

(ومِثلُه) أي ومِثلُ الحُكمِ الْمَذكورِ في الْمَكيل (الْمَوزونُ) أي بيعُ الْمَوزونِ بشَرطِ الوزنِ (والْمَعدودُ) بشَرطِ العَدِّ، لا يجوزُ أن يَبيعَه أو

(١) في سوى (أ): صاعان.

(٢) ابن ماجه (٢٢٢٨)، والدارقطني (٢٨١٩).

لا الْمَذروع.

وصحَّ التَّصرُّفُ في الثَّمَن قَبل قبضِه، ....

يَأكُلَ منه حتى يُعيدَ الوزنَ والعَدَّ، هذا إذا كان الْمَوزونُ غيرَ الدَّراهِمِ والدَّنانيرِ، وأما هما: فيجوزُ التَّصرُّفُ فيهما بعد القَبضِ قَبل الوزنِ، كذا في «الإيضاحِ».

وفي «الْمُحيط»: لو كان الْمَكيلُ والْمَوزونُ ثمَنًا: يجوزُ التَّصرُّفُ فيه قَبل الكَيلِ والوَزنِ، ولو كالَه البائِعُ بحَضرةِ الْمُشتَري بعدَ البيعِ.. قِيل: لا يَكفي؛ لظاهِر الحَديثِ، فإنه اشتَرَط فيه صاعَين، والصَّحيحُ أنه يُكتَفى به؛ لأن الْمَبيعَ صار مَعلومًا بكَيلٍ واحِدٍ.

وجَعَل الشَّيخُ الْمَعدودَ كالْمَكيلِ والْمَوزونِ، وهو مَرويٌّ عن أبي حنيفةَ، واختارَه الكَرْخيُّ، وعنه: أنه كالْمَذروع، وهو قولُ أبي يوسفَ ومحمدٍ.

(لا) يَحرُم التَّصرُّفُ في الْمَبيعِ (الْمَذروع) بعدَ القَبضِ قَبل الذَّرعِ، وإن اشتَراه بشَرطِ الذَّرعِ؛ لأن الذَّرعَ وصفٌ وليس بقَدْرٍ، فيكونُ كلُّه للمُشتَري، اللَّهم إلا إذا سَمّى لكلِّ ذِراعٍ ثمَنًا، فحينَئذٍ لا يَحِلُّ له التَّصرُّفُ فيه حتى يُذرَعَ؛ لما قُلنا.

(وصحَّ التَّصرُّفُ في الثَّمَن قَبل قبضِه) بأن مَلَّكه ممن هو عليه بعِوَضٍ أو بغَيرِ عِوَضٍ، ولا يجوزُ له أن يُملِّكَه مِن غَير مَن عليه؛ لأن النَّهيَ وَرَد في الْمَبيع، لاحتِمال غَرَرِ الانفِساخِ، ولا يُتصوَّر ذلك في الثَّمَن؛ لأنه في الذِّمّة.

والزِّيادةُ فيه، والحَطُّ منه، ....

ولا فَرقَ بين أن يكونَ الْمَقبوضُ من جِنسه أو خِلافِ جِنسِه؛ إذ الكلُّ مُعاوَضةٌ.

وفي «الغاية»: التَّصرُّفُ في الأثمان وسائِرِ الدُّيونِ من الْمَهر، والإجارةِ، وضَمانِ الْمُتلَفاتِ، ونحوِها، سِوى الصَّرفِ والسَّلَمِ: جائِزٌ قَبل القَبضِ؛ لأن الْمِلكَ مُطلَقٌ.

وكان القِياسُ أيضًا ذلك في الْمَبيع الْمَنقولِ، إلا أنه تُرِك ذلك بالحَديث.

وأما الْمِيراثُ: فالتَّصرُّفُ فيه جائِزٌ قبل القَبضِ؛ لأن الوارِثَ يَخلُف الْمُورِّثَ في الْمِلك، وكذا الْمُوصَى له؛ لأن الوَصِيَّةَ أُختُ الْمِيراثِ.

(و) صحَّ (الزِّيادةُ فيه) أي في الثَّمَن (و) صحَّ (الحَطُّ منه) أي من الثَّمَن، فيُلحَقان بأصل العقدِ، ولو بعد تَمامِ العَقدِ، وعند الشّافعيِّ وزفرَ: إلحاقُهما بعد لُزومِ البيعِ لا يَصِحُّ، بل يَصِحُّ على اعتِبار أن يكونَ صِلةً مُبتدَاةً؛ لأن الْمَبيعَ دَخَل في مِلك الْمُشتَري، والثَّمَنَ في مِلكِ البائِعِ، فمن زاد شيئًا فهو مُبدِّلُ العِوَض عن مِلك نفسِه، وهذا لا يجوزُ.

ولنا: أنهما بالحطِّ والزيادة يُغيِّران بهما صِفةَ العقدِ من الخَسارةِ إلى الرِّبح أو العَدلِ، ولهما رَفعُ العقدِ، فَلَأن يكونَ لهما تَغييرُ وَصفِه أولى.

....

وفائِدةُ الخِلافِ تَظهَرُ في الْمُرابَحةِ والتَّولِيةِ، حتى يجوزُ على الكلِّ في الزِّيادة، وعلى الباقِي في الحَطِّ، وفي الشُّفعةِ أيضًا، حتى يَأخُذُ بما بَقِي من الحَطِّ دون الزِّيادةِ؛ لِما فيها من إبطالِ حَقِّه الثّابتِ بالثَّمَن الأوَّلِ، فلا يَملِكانِ إبطالَه.

وتَظهَرُ أيضًا فيما إذا استُحِقَّ الْمَبيعُ، حتى يَرجِعُ الْمُشتَري[1] على البائِع بالزِّيادة، ولو أجازَ الْمُستَحِقُّ البيعَ كان له أن يُطالِبَ بالزِّيادة.

وتَظهَرُ أيضًا في حَقِّ الفَسادِ في الصَّرف، حتى لو باع الدَّراهِمَ بالدَّراهِم[2] مُتساوِيةً، ثم زاد أحَدُهما أو حَطَّ، ورَدَّ الْمَحطوطَ، وقَبِل الآخَرُ، وقَبَض الْمَزيدَ في الزِّيادة، أو الْمَردودَ في الحَطِّ: فَسَد العقدُ، كأنهما عَقَداه كذلك من الابتِداء، وهذا عند أبي حنيفةَ.

وقال أبو يوسفَ: لا تجوزُ الزِّيادةُ، ولا تَصيرُ هِبةً مُبتدَأةً، وكذلك الحَطُّ لا يَصِحُّ، ولا يَصيرُ هِبةً مُبتدَأةً، حتى يجبُ عليه أن يَرُدَّ الْمَحطوطَ، وقال محمدٌ في الزِّيادةِ مثلَ قولِ أبي يوسفَ، وفي الحطِّ يكونُ هِبةً مُبتدَأةً.

وتَظهَرُ أيضًا فيما إذا زاد على الْمَبيع، حتى يَصيرُ له حِصّةٌ من الثَّمَن للحالِ، حتى لو هَلَكت الزِّيادةُ قبل القَبضِ: تَسقُط حِصّتُها من الثَّمَن،

---

(١) أي وكذا إذا استُحِقَّ يرجع على البائع بما بقي بعد الحط. اهـ «مستصفى». شلبي ٤/ ٨٣.

(٢) في (ج): الدراهم بالدنانير. وانظر «التبيين» ٤/ ٨٣.

والزِّيادةُ في الْمَبيع، ويَتعلَّق الاستِحقاقُ بكلِّه.

بخِلاف الزِّيادةِ الْمُتولِّدةِ من الْمَبيع؛ حيثُ لا يَسقُط شيءٌ من الثَّمَن بهَلاكِها قبل القَبضِ.

وتَظهَرُ أيضًا فيما إذا زَوَّج أمَتَه، ثم أعتقَها، ثم زاد الزَّوجُ على مَهرِها بعد العَتقِ: تكونُ الزِّيادةُ للمَولى.

(و) صَحَّت (الزِّيادةُ في الْمَبيع) أيضًا، وتَلتحِق بأصل العقدِ، خِلافًا للشَّافعيِّ وزفرَ، ثم الزِّيادةُ لا تَصِحُّ بعد هَلاكِ الْمَبيعِ على ظاهِر الرِّوايةِ، بخِلاف الحَطِّ؛ لأنه إسقاطٌ مَحضٌ، وفي «الْمُحيط»: في رِواية «النَّوادِر»: تجوزُ الزِّيادةُ بعد الهَلاكِ بمَنزِلة الحَطِّ.

وذَكَر محمدٌ في «الْمُنتقى»: لو اشتَرى جارِيةً وقَبَضها، وماتَت، فزادَه البائعُ جارِيةً أخرى: جاز، ولو زاد الْمُشتَري في الثَّمَن: لم يَجُز؛ لأن هَلاكَ الْمَبيعِ يَمنَع الزِّيادةَ في الثَّمَن، والهَلاكُ الحُكمِيُّ مُلحَقٌ بالهَلاك الحَقيقيِّ، وذلك بأن باع الْمَبيعَ، ثم اشتَراه، ثم زادَه في الثَّمَن: لا يجوزُ.

ولو أَعتَق الْمَبيعَ، أو كاتَبَه، أو دَبَّره، أو استَولَد الأمةَ، أو تَخمَّر العَصيرُ، أو أخرَجه عن مِلكِه، ثم زاد عليه: جاز عند أبي حنيفةَ، خِلافًا لهما، وعلى هذا الخِلافِ: الزِّيادةُ على مَهر الْمِثلِ بعد مَوتِها.

(**ويَتعلَّق الاستِحقاقُ بكلِّه**) أي بكلِّ ما وَقَع عليه العَقدُ من الثَّمَن والزِّيادة عليه، حتى لا يكونُ للمُشتَري أن يُطالِبَ بالْمَبيعِ حتى يَدفَعَ الزِّيادةَ، وللبائِع أن يَحبِسَه حتى يَستوفِيَ الزِّيادةَ، ويَملِكُ الْمُشتَري

وتَأجيلُ كلِّ دَينٍ غيرِ القَرضِ.

الْمُطالَبَةَ بتَسليمِ الْمَبيعِ كلِّه بتَسليمِ ما بَقِي من الحَطِّ.

وإذا ظَهَر للمَبيعِ مُستحِقٌّ يَرجِعُ الْمُشتَري على البائِع بالزِّيادةِ، وقد ذكَرْناه.

(و) صَحَّ أيضًا (تَأجيلُ كلِّ دَينٍ) لأن الْمُطالَبَةَ حَقُّه، فله أن يُؤخِّرَه، إلا عند الشّافعيِّ في قولٍ: لا يَصِحُّ (غيرِ القَرضِ[1]) لأنه إعارةٌ، والتَّأجيلُ فيها ليس بلازِمٍ؛ لأنها تَبرُّعٌ، وقال مالِكٌ: يجوزُ التَّأجيلُ في القَرضِ أيضًا، كسائِرِ الدُّيونِ.

ولو أوصى أن يُقرَضَ فُلانٌ من مالِه ألفَ دِرهَمٍ إلى سَنةٍ: يجوزُ من الثُّلُث، ويَلزَم، ولا يُطالَب حتى تَمضِيَ الْمُدّةُ؛ لأنه وَصِيّةٌ بالتَّبرُّع، ويُتسامَح فيها ما لا يُتسامَح في غَيرِها؛ نَظَرًا للمُوصِي؛ ألا تَرى أنها تجوزُ بالخِدمة والسُّكنى وتَلزَمُ.

---

(١) قال في «المستصفى»: فإنَّ تأجيله لا يصح، حتى يثبُتَ له ولايةُ المطالبة في الحال إذا أجله عند الإقراضِ مدةً معلومةً أو بعده. اهـ، وكتب ما نصه: قال الطحاوي في «مختصره» في باب المضاربة: ومن كان عليه دَينٌ من غير قرض، فأخره إلى أجل: لزمه التأخير، فصار كأنه في أصله مؤجَّلًا، وإن كان مِن قرضٍ: لم يجز ذلك حالًا. اهـ، وكتب أيضًا ما نصه: قال في «شرح» الأقطع: قال زفر: لا يلتحق الأجل بالعقد، وبه قال الشافعي؛ لأنه دَينٌ حالٌّ، فلا يتأجل كالقرض. اهـ إتقاني. شلبي ٤/ ٨٤.

﴿ باب الرِّبا ﴾

هو: فضلُ مالٍ بلا عِوَضٍ، في مُعاوَضة مالٍ بمالٍ.
وعِلّتُه: القَدْرُ، والجِنسُ.

هذا (باب) في بَيان أحكامِ (الرِّبا)

وهو اسمٌ من رَبا الشَّيءُ يَربو: إذا زاد، والْمَصدَرُ: رِبًا[1]، ومنه سُمِّي الْمَكانُ الْمُرتفِعُ رَبوةً؛ لزِيادته ارتِفاعًا[2] على سائِر الأماكِنِ.

وفي الشَّرع: (هو) أي الرِّبا (فضلُ مالٍ) أي زِيادتُه (بلا عِوَضٍ) في مُقابَلته (في مُعاوَضة مالٍ بمالٍ) أي كما إذا باع عشَرةَ دَراهِمَ بأحدَ عشَرَ دِرهَمًا، فإن الدِّرهَمَ فيه فضلٌ، وليس في مُقابَلته شيءٌ، وهو عينُ الرِّبا.

(وعِلّتُه) أي عِلّةُ الرِّبا (القَدْرُ) وهو الكيلُ في الْمَكيل، والوزنُ في الْمَوزون (والجِنسُ) وهو كونُ العِوَضَين من جِنسٍ واحِدٍ، كما إذا باع مَكيلًا أيَّ مَكيلٍ كان بجِنسه: يَحرُم الفضلُ، وكذلك إذا باع مَوزونًا أيَّ مَوزونٍ كان بجِنسه: يَحرُم الفضلُ؛ فالعِلّةُ عندنا مُركَّبةٌ منهما، وبه قال أحمدُ، وعنه في غَير النَّقدَين: كونُه مَأكولًا وجِنسًا.

---

(١) في (أ): ربوًا في (د): ربو. والمثبت موافق أيضًا لما نقله الشلبي ٤/٨٥. عن المصنف في هذا الموضع.
(٢) في (ز) و(ح): لزيادة ارتفاعه.

....

وعند الشّافعيّ: العِلّةُ هي الطُّعمُ في الْمَطعومات، والثَّمَنيّةُ في الأثمان، وبه قال أحمدُ في رِوايةٍ، وعند مالِكٍ: العِلّةُ هي الاقتِيات والادِّخارُ مع الجِنسِ في الْمَطعومات، وأما في الأثمان: فكقَول الشّافعيّ؛ لأنه عَلَيهِ الصَّلاةُ وَالسَّلَامُ خصَّ بالذِّكر كلَّ مُقتاتٍ ومُدَّخَرٍ[1].

وللشّافعيّ: حَديثُ مَعمَرِ بنِ عبدِ اللهِ: كُنتُ أسمَعُ النَّبيَّ عَلَيهِ الصَّلاةُ وَالسَّلَامُ يقولُ: «الطَّعامُ بالطَّعام مِثلًا بمِثلٍ»، وكان طَعامُنا يومَئذٍ الشَّعيرَ، رَواه مسلمٌ وأحمدُ[2]، شَرَط الْمُماثَلةَ، وعَلَّله بوَصف الطُّعمِ، فكان عِلّةً.

ولنا: ما رُوِي عن عُبادةَ وأنسٍ رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُمَا: أن النَّبيَّ عَلَيهِ الصَّلاةُ وَالسَّلَامُ قال: «ما وُزِن مِثلٌ بمِثلٍ إذا كان نوعًا واحِدًا، وما كِيل فمِثلٌ ذلك، فإذا اختَلَف النَّوعان فلا بأسَ به» رَواه الدّارَقُطنيُّ[3]، رَتَّب الحُكمَ على الجِنس والقَدْرِ، وهذا نصٌّ على أنهما عِلّةُ الحُكمِ؛ لما عُرِف أن تَرتيبَ الحُكمِ على الاسم الْمُشتقّ يُنبِئ عن عِلّيّة مَأخَذِ الاشتِقاقِ لذلك الحُكمِ، فيكونُ تَقديرُه: الْمَكيلُ والْمَوزونُ مِثلًا بمِثلٍ بسَبَب الكيلِ أو الوزنِ مع الجِنسِ.

(١) أي في حديث مسلم (١٥٨٧): عن عبادة بن الصامت قال: قال رسول الله صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ: «الذهب بالذهب، والفضة بالفضة، والبر بالبر، والشعير بالشعير، والتمر بالتمر، والملح بالملح، مثلًا بمثل، سواءً بسواء، يدًا بيد، فإذا اختلفت هذه الأصناف فبيعوا كيف شئتم إذا كان يدًا بيد».

(٢) الإمام أحمد (٢٧٢٥٠)، ومسلم (١٥٩٢).

(٣) (٢٨٥٣).

....

وقولُه عَلَيْهِ الصَّلَاةُ وَالسَّلَامُ: «لا تَبيعوا الدِّرهَمَ بالدِّرهَمَين، ولا الصَّاعَ بالصَّاعَين»[1] عامٌّ فيما يَحُلُّه[2]، فيَتناوَل الْمَطعومَ وغيرَه، فيكونُ حُجّةً عليهما، والنَّبيُّ عَلَيْهِ الصَّلَاةُ وَالسَّلَامُ أيضًا شَرَط التَّماثُلَ بقَوله: «مِثْلًا بمِثْلٍ»[3]، والتَّماثُلُ يكونُ بالوَزن أو الكيلِ لا غيرُ.

فعُلِم بذلك أن ما لا يُكالُ ولا يُوزَنُ لا يكونُ من الأموال الرِّبَويّةِ، ولهذا قالُوا: لا يَجري الرِّبا فيما لا يَدخُل تحت الْمِعيارِ، كالحَبّة من الحِنطة والشَّعيرِ، وكالذَّرّة[4] من الذَّهَب والفِضّة؛ لعَدَم ما قُلنا.

ويُبتنى[5] على الأصل الْمَذكورِ فُروعٌ كَثيرةٌ، فلْنَذكُر بعضَها تَنبيهًا على البَواقِي:

منها: إذا باع حَفْنةً من طَعامٍ بحَفنتَين منه، أو تُفّاحةً بتُفّاحتَين: يجوزُ عندنا، وعند الثَّلاثةِ: لا، إلا في رِوايةٍ عن أحمدَ ومالِكٍ.

ومنها: لو باع كيلًا من جِصٍّ بكَيلَين منه، أو رَطلًا من حَديدٍ برَطلَين منه: لا يجوزُ عندنا، خِلافًا لهم.

---

(١) رواه الإمام أحمد (٥٨٨٥)، ورواه مسلم (١٥٨٥) بلفظ: عن عثمان بن عفان أن رسول الله صَلَّى اللهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ قال: «لا تبيعوا الدينار بالدينارين، ولا الدرهم بالدرهمين».

(٢) أي يحُل الصاع.

(٣) تقدم قريبًا.

(٤) وتعدل اليوم: (٠.٠٢٣) غ.

(٥) في (ب) و(ج): ويمشي.

فحَرُم الفضلُ والنَّساءُ بهما، والنَّساءُ فقط بأحَدهما، وحَلّا بعَدَمهما.

ومنها: لو باع كيلًا من زَبيبٍ بكَيلَين منه: لا يجوزُ إجماعًا.

ومنها: لو باع حَفْنةً من مِلحٍ بحَفنتَين منه: يجوزُ إجماعًا.

ثم الْمَطعومُ: ما يُعَدُّ للطُّعم غالِبًا تَقوُّتًا، أو تَأدُّمًا[1]، أو تَفكُّهًا، أو غيرَها، وسواءٌ كان الْمَطعومُ مما يُكالُ أو يُوزنُ أم لا، وهذا هو القولُ الجَديدُ له، وهو الأظهَرُ، وعلى القَولِ القَديمِ: يُشترَطُ مع الطُّعمِ الكَيلُ أو الوزنُ.

فعلى هذا: لا رِبا في السَّفَرْجَل، والرُّمّانِ، والبَيضِ، والجَوزِ، ونحوِها مما لا يُكالُ ولا يُوزنُ.

(فحَرُم الفضلُ والنَّساءُ) بفَتح النُّونِ، وهو: البيعُ إلى أجَلٍ (بهما) أي بالجِنسِ والقَدْرِ (و) حَرُم (النَّساءُ فقط) يَعني: دونَ الفضلِ (بأحَدهما) أي بوُجودِ أحَدِهما، إما القَدْرِ دون الجِنس، كالحِنطة بالشَّعير، أو الجِنسِ دونَ القَدْرِ، كالهَرَويِّ بالهَرَويِّ[2] (وحَلّا) أي الفضلُ والنَّساءُ جَميعًا (بعَدَمهما) أي بعَدَم الجِنسِ والقَدْرِ؛ لعَدَم العِلّةِ الْمُوجِبةِ للحُرمةِ.

---

(١) في (أ) و(هـ): وتأدمًا. والإدامُ: ما يُصطبغ به، كالخَلّ، والزَّيت، واللَّبَن، وكذا المِلحُ. «الدر المنتقى».

(٢) في (أ) و(ج): كالهروي بالمروي. وانظر «التبيين» ٤/ ٨٧.

وصحَّ بيعُ الْمَكيلِ كالبُرِّ، والشَّعيرِ، والتَّمرِ، والْمِلحِ، والْمَوزونِ كالنَّقدَين، وما يُنسَب إلى الرَّطل: ....

(وصحَّ بيعُ الْمَكيلِ) أي الذي يَدخُلُ تحت الكيلِ (كالبُرِّ، والشَّعيرِ، والتَّمرِ، والْمِلحِ، و) صحَّ بيعُ (الْمَوزونِ) أي الذي يَدخُلُ تحت الوزنِ (كالنَّقدَين) أي الدَّراهِمِ والدَّنانيرِ.

(و) صحَّ أيضًا بيعُ (ما يُنسَب إلى الرَّطل) وهو كلُّ شيءٍ وَقَع عليه كيلُ الرَّطلِ، مِثلُ الأدهانِ، فإنه مَوزونٌ، غيرَ أنه لما لم يَستمسِك إلا في وِعاءٍ يَشُقُّ عليهم وزنُه وحدَه بالأَمْناء[1] والصَّنَجاتِ في كلِّ وقتٍ بالوِعاء، فقُدِّر[2] بالأرطال والأمناءِ، فاكتُفِي به دَفعًا للحَرَج، فبَقِي مَوزونًا على حاله[3].

وقال صاحِبُ «الهِدايةِ»: وكلُّ ما يُنسَبُ إلى الرَّطلِ فهو وَزنيٌّ، مِثلُ الأَمْناء، أي مِثلُ ما يُنسَبُ إلى الأَمْناء، قال فخرُ الدِّين قاضِي خانَ: تفسيرُه: أن ما يُباعُ بالأواقيِّ[4] فهو وزنيٌّ؛ لأن الأواقيَّ قُدِّرت بطَريقِ الوزنِ، فصارَت وَزنيًا، أما سائِرُ الْمَكاييلِ ما قُدِّرت بالوَزن، فلا يكونُ وَزنيًّا.

---

(١) جمع من، وقد تقدم، ويعدل اليوم: (٣٩.٨١٥)غ.

(٢) أي الوعاء.

(٣) عبارة «البحر» ٦/ ١٤١: وهذا لأنه يشق وزن الدهن بالأمناء والصنجات؛ لعدم الاستمساك إلا في وعاء، وفي وزن كل وعاء نوع حرج، فاتخذ الرطل لذلك.

(٤) قال في «البحر» ٦/ ١٤١: والأواقي جمع أوقية بالتشديد، وهي أربعون درهمًا، والمراد بها هنا مواعين معلومات الوزن.

بجنسه، مُتساوِيًا لا مُتفاضِلًا.
وجيِّدُه كرَديئه.

وفائدةُ هذا: أن ما يُباعُ بالأرطالِ إذا بِيعَ كَيلًا بكَيلٍ غيرَ الأواقيِّ سواءً بسواءٍ: لا يجوزُ؛ لأنه باع الْمَوزونَ بالْمَوزونِ بالكَيلِ الذي لم يُقدَّر بالوَزن، فيكونُ بيعَ الْمَوزونِ بالْمَوزونِ مُجازَفةً، فبَطَل.

وقال في «كُنّاش» يُوحنّا بن سرافيون[1]: الرَّطلُ اثنا عَشْرةَ أوقيّةً، وقال أيضًا: الرَّطلُ عِشرون إستارًا[2]، والإستارُ: سِتّةُ دَراهِمَ ودانِقان[3]، أو[4] أربَعةُ مَثاقِيلَ[5]، فعلى هذا: فيما قِيل: (إن الأوقيّةَ أربَعون دِرهَمًا): نظَرٌ.

والباءُ في قَوله: (بجِنسه) تَتعلَّقُ بقَوله: (وصحَّ بيعُ الْمَكيلِ)، أي صحَّ بيعُ هذهِ الأشياءِ بجِنسه حالَ كونِه (مُتساوِيًا لا) يصِحُّ إذا كان (مُتفاضِلًا) لوُجود العِلّةِ، وهي التَّفاضُل.

(وجيِّدُه) أي جيِّدُ ما فيه الرِّبا (كرَديئه) حتى لا يجوزُ بيعُ أحَدِهما بالآخَر مُتفاضِلًا، لقَوله عَلَيهِ الصَّلاةُ وَالسَّلَامُ: «جَيِّدُها ورَديئُها سواءٌ»[6].

---

(١) يوحنا بن سرافيون، كان في صدر الدولة، وجميع ما ألفه سرياني، وقد نُقل كتاباه في الطب إلى العربي، وهما كتاب «الكناش الكبير»، اثنتا عشر مقالة، وكتاب «الكناش الصغير»، سبع مقالات. «إخبار العلماء بأخبار الحكماء» ص٢٨٢.

(٢) يعدل اليوم (٥.١٩) غ.

(٣) يعدل اليوم (٠.٥٢١) غ.

(٤) في (د): و.

(٥) يعدل اليوم (٥) غ أو (٢٢.٤) غ.

(٦) قال في «نصب الراية» ٤/ ٣٧: غريب، ومعناه يؤخذ من إطلاق حديث ابن سعيد المتقدم في الحديث الأول. انتهى، أي رواية مسلم (١٥٨٤).

ويُعتبَرُ التَّعيينُ لا التَّقابُضُ في غَيرِ الصَّرفِ.

ويصِحُّ بيعُ الحَفْنةِ بالحَفْنتَين، والتُّفّاحةِ بالتُّفّاحتَين، والبَيضةِ بالبَيضتَين، والجَوزةِ بالجَوزتَين، والتَّمرةِ بالتَّمرتَين، ....

(**ويُعتبَرُ التَّعيينُ لا التَّقابُضُ في غَيرِ الصَّرفِ**) من الرِّبَويّات، وقال الشّافعيُّ: يُعتبَر التَّقابُضُ قبل الافتِراقِ في بَيع الطَّعامِ بالطَّعام، كالنَّقد بالنَّقد؛ لأنه إذا لم يَتقابَضا في الْمَجلِس قد يَتعاقَبُ القَبضان، فتَثبُتُ شُبهةُ الرِّبا، وبه قال مالِكٌ وأحمدُ.

ولنا: أن كُلًّا منهما مَبيعٌ مُتَعَيِّنٌ، فلا يُشترَط قبضُه، كثَوبٍ مُعيَّنٍ بثَوبٍ مُعيَّنٍ، بخِلاف الصَّرف، لأنه لا يَتعيَّنُ إلا بالقَبض.

(**ويصِحُّ**[1] **بيعُ الحَفْنةِ**) وهي ما يَملَأ الكَفَّين، قالَه الجَوهَريُّ (**بالحَفْنتَين، والتُّفّاحةِ بالتُّفّاحتَين، والبَيضةِ بالبَيضتَين، والجَوزةِ بالجَوزتَين، والتَّمرةِ بالتَّمرتَين**) لأنها لا تَدخُلُ تحت الْمِعيارِ، فلم تُوجَد العِلّةُ، خِلافًا للثَّلاثة، وقد ذكَرْناه آنِفًا.

وقال صاحِبُ «الهِدايةِ»: وما دون نِصفِ صاعٍ فهو في حُكم الحَفْنةِ، حتى إذا باع خمسَ حَفَناتٍ من الحِنطة بسِتِّ حَفَناتٍ منها: جاز عندنا إذا لم تَبلُغ نِصفَ الصّاعِ؛ لأنه لم يَرِد التَّقديرُ في الشَّرع بما دون نِصفِ صاعٍ، وجاء التَّقديرُ بِنصفَ صاعٍ في صَدَقة الفِطرِ..

---

(١) في (أ) و(د): وصح.

والفَلسِ بالفَلسَين، بأعيانِهما.
واللَّحمِ بالحَيَوان، ....

وفي «الفَتاوى الصُّغرى»: أَدنى ما يكونُ مالَ الرِّبا من الحِنطة نِصفُ القَفيزِ، والْمُرادُ من القَفيز: صاعٌ.

(و) صحَّ أيضًا بيعُ (الفَلسِ بالفَلسَين) حالَ كونِهما (بأعيانِهما) بأن كان الفَلسُ مُعيَّنًا والفَلسان مُعيَّنَين عندهما، وقال محمدٌ: لا يجوزُ؛ لأنه ثمنٌ، فصار كالدِّرهَم والدِّرهَمَين، وبه قال الشَّافعيُّ.

ولهما: أنه صار ثمنًا باصطِلاح النَّاسِ، فخَرَج ذلك باصطِلاح العاقِدَين؛ تَصحيحًا لتَصرُّفهما، بخِلاف الدَّراهِم؛ لأنها خُلِقت ثَمنًا.

وإنما قَيَّد بقَوله: (بأعيانِهما): لأنهما إذا كانا بغَير أعيانِهما، أو أحَدُهما بغَير عينِه: لا يجوزُ اتِّفاقًا؛ لأنه يُؤدِّي إلى الرِّبا.

(و) صحَّ أيضًا بيعُ (اللَّحمِ بالحَيَوان) عندهما، وقال محمدٌ: لا يَصِحُّ بيعُه بالحَيَوان من جِنسه، إلا إذا كان اللَّحمُ الْمُفرَزُ أكثرَ مما في الحَيَوان؛ ليكونَ قَدْرُه مُتقابِلًا باللَّحم، والزَّائدُ بالسَّقط، لنَهيه عَلَيْهِ الصَّلَاةُ وَالسَّلَامُ عن بَيع اللَّحمِ بالحَيَوان، رَواه في «الْمُوطَّأ»[1].

ولهما: أنه باع الْمَوزونَ بغَير الْمَوزونِ؛ لأن الحَيَوانَ ليس بمَوزونٍ، فيجوزُ كيفما كان، وعند الشَّافعيِّ وأحمدَ: لا يجوزُ، ولا يجوزُ بالنَّسيئة إجماعًا.

---

(١) «الموطأ» ٢/ ٦٥٥ عن ابن المسيب مرسلًا، وهو عند البزار (٥٨٨٨)، والدارقطني (٣٠٥٦)، والحاكم (٢٢٥٢).

والكِرباسِ بالقُطن، والرُّطَبِ بالرُّطَب أو بالتَّمر ....

وفي «شَرح الطَّحاويِّ»: ولو كانَت الشّاةُ مَذبوحةً غيرَ مَسلوخةٍ، فاشتَراها بلَحم الشّاةِ: فالجَوابُ في قَولِهم جَميعًا كما قال محمدٌ، وأرادَ بغَير الْمَسلوخةِ غيرَ الْمَفصولةِ عن السَّقط.

ولو اشتَرى شاةً حَيَّةً بشاةٍ مَذبوحةٍ يجوزُ في قَولِهم جَميعًا.

(و) صحَّ أيضًا بيعُ (الكِرباسِ[1] بالقُطن) وكذا بالغَزْل كيفما كان؛ لاختِلافهما جِنسًا، ولو باع القُطنَ بغَزله.. قال محمدٌ: يجوزُ كيفما كان؛ لاختِلاف الجِنس، وقال أبو يوسف: لا يجوزُ إلا مُتساوِيًا؛ لأن غزْلَ القُطنِ قُطنٌ، وقولُ محمدٍ أظهَرُ.

ولو باع الْمَحلوجَ[2] بغَير الْمَحلوجِ جاز إذا عُلِم أن الخالِصَ أكثَرُ مما في الآخَر، وإن كان لا يُدرى لا يجوزُ، ولو باع القُطنَ غيرَ الْمَحلوجِ بحَبِّ القُطنِ: فلا بُدَّ أن يكونَ الحَبُّ الخالِصُ أكثرَ من الحبِّ الذي في القُطن؛ حتى يكونَ قَدْرُه مُقابَلًا به، والزّائدُ بالقُطن.

(و) صحَّ أيضًا بيعُ (الرُّطَبِ بالرُّطَب) مُتساوِيًا (أو) بيعُ الرُّطَبِ (بالتَّمر[3]) حالَ كونِه ....

---

(١) الكرباس: الثوب الخشن، وهو فارسي معرب، بكسر الكاف، والجمع كرابيس. «المصباح» ٢/ ٥٢٩. وفي «القاموس» ص٥٧٠: الكرباس: القطن الأبيض.

(٢) حَلَجْتُ القطنَ حَلْجًا من باب ضَرَب، والمِحلج بكسر الميم: خشبة يُحلج بها حتى يخلُصَ الحبُّ من القطن. «المصباح» ١/ ١٤٦.

(٣) في (ب) و(د) و(هـ): بالثمر.

مُتماثِلًا، والعِنَبِ بالزَّبيب، ....

(مُتماثِلًا) في الوَزن[1] عند أبي حنيفة، وقالا: لا يجوزُ؛ لأنه عَلَيْهِ الصَّلَاةُ وَالسَّلَامُ نَهى عن بَيع الرُّطَبِ بالتَّمر[2]، وبه قالَت الثَّلاثةُ، وله: أن الرُّطَبَ تمرٌ حَقيقةً، فيجوزُ مُتساوِيًا.

(و) صحَّ أيضًا بيعُ (العِنَبِ بالزَّبيب) مُتماثِلًا عند أبي حنيفة، خِلافًا لهما، والتَّعليلُ ما مر، وقِيل: لا يجوزُ بالاتِّفاق، كالحِنطة الْمَقليّةِ بغَير الْمَقليّةِ.

وفي «التَّقريب»: فأما العِنَبُ بالزَّبيب: فذَكَر أبُو جَعفَرٍ جَوازَ بيعِ أحَدِهما بالآخَر في قَولهم، وذَكَر أبُو الحَسَن عنهما أنه لا يجوزُ إلا على الاعتِبار، فأما أبو حنيفة: فاعتَبَر التَّساوِيَ حالَ العقدِ، ولم يَعتبِر ما بعده.

وذَكَر أبُو اللَّيث: قال بِشرُ بنُ الوَليدِ: لا بأسَ بالعِنَب بالزَّبيب يدًا بيدٍ والعِنَبُ أقلُّ، ورَوى هِشامٌ عن محمدٍ أنه قال: لا بأسَ بقَفيزٍ من عِنَبٍ بقَفيزٍ من زَبيبٍ، فألزمْتُه الرُّطَبَ بالتَّمر، ولم أزَل به حتى رَجَع عن قَوله،

(١) قال في «الدر المختار»: وكبيع رطب برطب أو بتمر متماثلًا كيلًا، لا وزنًا، خلافًا للعيني.
قال في «رد المحتار» ٥/ ١٨١: قوله: خلافًا للعيني.. حيث قال: وزنًا، وكأنه سبق قلم. ح.

(٢) رواه أبو داود (٣٣٦٠)، والنسائي (٤٥٤٦)، وابن ماجه (٢٢٦٤).
وفي (ب) (د) و(هـ): بالثمر.

والُّلحومِ الْمُختلِفةِ بعضِها ببعضٍ مُتفاضِلًا، ....

وأما العِنَبُ بالعِنَب: فيجوزُ في قَولهم جميعًا، كما في الرُّطَب بالرُّطَب، فقال أبو حنيفة: يجوزُ مِثلًا بمِثلٍ، وقالا: لا يجوزُ.

(و) صحَّ أيضًا بيعُ (الُّلحومِ الْمُختلِفةِ بعضِها ببعضٍ) حالَ كونِ البعضِ (مُتفاضِلًا) مِثلُ لحمِ الشّاةِ بلَحم البقَرِ، ولحمِ الجامُوسِ بلَحم الجمَلِ، ولكن بشَرطَين، أحَدُهما: أن يكونَ نقدًا، والثّاني: أن تكونَ مُختلِفةً، كلَحم الشّاةِ بلَحم البقَرِ، كما ذكَرْنا، حتى لو باع لحمَ جامُوسٍ بلَحم بقَرٍ، أو ضأنٍ بمَعزٍ، أو لحمَ العِرابِ[1] بلَحم البَخاتيِّ: لم يَجُز مُتفاضِلًا؛ لاتّحاد أجناسِها، وعند الثّلاثةِ: لا يجوزُ مُطلَقًا إلا إذا تَساوى البَدَلان.

وفي «شَرح الطَّحاويّ»: ولُحومُ الغنَمِ كلُّها جِنسٌ واحِدٌ، من الضّأن والْمَعْز والنَّعجة والتَّيس، حتى لو بِيعَ لُحومُها بعضُها ببعضٍ، وشُحومُها بعضُها ببعضٍ، أو ألبانُها بعضُها ببعضٍ: لا يجوزُ إلا سواءً بسواءٍ.

ولو باع لُحومَ الشّاةِ بشَحمها أو بألْيَتِها، أو لحمَها بصُوفِها: يجوزُ ذلك كيفما كان، ولا يجوزُ نَسيئةً؛ لأنّ الوزنَ يَجمَعُهُما[2].

وأما صُوفُ الشّاةِ مع شَعْر الْمَعْز جِنسان مُختلِفان، فلو باع بعضَها ببعضٍ مُتفاضِلًا يجوزُ، ولا يجوزُ نَسيئةً.

---

(١) في (د) و(هـ): الغراب.

(٢) في (أ) و(ج): يجمعها.

ولبَنِ البقَرِ والغنَمِ، وخلِّ الدَّقَل بخلِّ العِنَبِ، وشحمِ البطنِ بالألْية

وأما الرُّؤوسُ، والأكارِعُ[1]، والجُلودُ: يجوزُ يدًا بيدٍ كيفما كان، ولا يجوزُ نَسيئةً؛ لأنه لم يُضبَط بالوَصف؛ ألا تَرى أن السَّلَمَ فيه لا يجوزُ.

ولُحومُ الإبِلِ كلُّها نوعٌ واحِدٌ، من العِراب والبَخاتِّي، وذي سَنامَين أو ذي سَنامٍ واحِدٍ، وكذلك البقَرُ والجَواميسُ كلُّها نوعٌ واحِدٌ.

وفي «الإيضاح»: رُوِي عن أبي يوسف أنه يجوزُ بيعُ لحمِ الطَّيرِ بعضِه ببعضٍ مُتفاضِلًا وإن[2] كان من نَوعٍ واحِدٍ؛ لأنه لا يُوزَن في العادة.

(و) صحَّ أيضًا بيعُ (لبَنِ البقَرِ و) لبَنِ (الغنَمِ) بعضِه ببعضٍ مُتساوِيًا ومُتفاضِلًا؛ لعَدَم العِلّةِ، خِلافًا للثَّلاثة، ولكن بالشَّرطَين الْمَذكورَين في اللُّحوم.

(و) صحَّ أيضًا بيعُ (خلِّ الدَّقَل) بفَتح الدّالِ والقافِ، وهو الرَّديءُ من التَّمر (بخلِّ العِنَبِ) مُتساوِيًا ومُتفاضِلًا، ولكن بالشَّرطَين الْمَذكورَين، وإنما خَصَّ خلَّ الدَّقَل: إجراءً للكَلام مُجرى العادةِ؛ لأنهم اعتادُوا اتِّخاذَ الخلِّ من الدَّقَل، وإلا فالحُكمُ في خلِّ كلِّ تمرٍ كذلك.

(و) صحَّ أيضًا بيعُ (شحمِ البطنِ بالألْية) بعضِها ببعضٍ مُتفاضِلًا

(١) جمع كُراع -وزان غراب- ويكون من الغنم والبقر، بمنزلة الوظيف من الفرس، وهو مستدق الساعد... قال الأزهري: الأكارع للدابة قوائمها. «المصباح» ٢/ ٥٣١.

(٢) في سوى (أ) و(د): إن كان.

أو باللَّحم، والخُبزِ بالبُرِّ أو الدَّقيقِ مُتفاضِلًا.

لا بيعُ البُرِّ بالدَّقيق أو بالسَّويق، ....

(أو باللَّحم) وإن كانَت كلُّها من الضَّأن؛ لأنها أجناسٌ مُختلِفةٌ؛ لاختِلاف الأسماءِ والصُّوَرِ والمَقاصدِ.

(و) صحَّ أيضًا بيعُ (الخُبزِ بالبُرِّ أو الدَّقيقِ مُتفاضِلًا) لكن يدًا بيدٍ؛ لأن الخُبزَ بالصَّنعة صار جِنسًا آخرَ، وعن أبي حنيفة: أنه لا يجوزُ بيعُه به أصلًا؛ لأن بينهما شُبهة[1] المُجانَسةِ في الحال، ولا يُعرَف التَّساوِي بينهما، والأوَّلُ أصحُّ، وفي «النَّوادِر»: عن أبِي بكرٍ: أن بيعَ الحِنطةِ بالخُبز لا يجوزُ، لا مُتفاضِلًا ولا مُتساوِيًا.

وهذا إذا كانا نَقدَين، فإن[2] باع أحَدَهما بالآخَر نَسيئةً فهو على وَجهَين، ذَكَرهما الوَلْوالِجيُّ وغيرُه في «الفَتاوى»: إن كان الخُبزُ نقدًا، والدَّقيقُ أو الحِنطةُ نَسيئةً: يجوزُ؛ لأنه أسلَم مَوزونًا في مَكيلٍ، وإن كان الحِنطةُ أو الدَّقيقُ نَقدًا، والخُبزُ نَسيئةً: لا يجوزُ.

(لا) يصِحُّ (بيعُ البُرِّ بالدَّقيق أو بالسَّويق) لا مُتفاضِلًا ولا مُتساوِيًا؛ لأنه جِنسُه من وجهٍ، وإن خُصَّ باسمٍ آخرَ، ويجوزُ بيعُ الدَّقيقِ بالدَّقيق مُتساوِيًا، ولا يجوزُ مُتفاضِلًا؛ لاتِّحاد الاسمِ والصُّورةِ والمَعنى.

وقال أبُو بكرِ بنُ الفضلِ: إنما يجوزُ بيعُ الدَّقيقِ بالدَّقيق إذا كانا

---

(١) في سوى (د): شبه.
(٢) في (د): بأن.

والزَّيتونِ بالزَّيت، والسِّمسِم بالشَّيرَج، حتى يكونَ الزَّيتُ والشَّيرَجُ أكثرَ مما في الزَّيتون والسِّمسِم.

مَكبوسَين، وإن كانا غيرَ مَكبوسَين أو أحَدُهما: لا يجوزُ، وإن باع الدَّقيقَ بالدَّقيق مُوازَنةً ففيه روايتان.

ولا يجوزُ بيعُ الدَّقيقِ بالسَّويق مُتفاضِلًا ولا مُتساوِيًا عند أبي حنيفة، وقالا: يجوزُ كيفما كان.

وفي «شَرح» أبِي نصرٍ: يجوزُ بيعُ الدَّقيقِ بالدَّقيق إذا كانا على صِفةٍ واحِدةٍ من النُّعومة، وفي «الخُلاصة»: سواءٌ كان أحَدُهما أخشنَ أو أدقَّ، وكذا بيعُ النُّخالةِ بالنُّخالة.

وفي «الفَتاوى الصغرى»: بيعُ النُّخالةِ بالدَّقيق عند أبي يوسف يجوزُ على طَريق الاعتِبارِ، بأن كانَت النُّخالةُ الخالِصةُ أكثرَ من النُّخالة في الدَّقيق، وعند محمدٍ: لا يجوزُ بطَريق الاعتِبارِ، وإنما يجوزُ إذا تَساوَيا كيلًا.

(و) لا يصِحُّ أيضًا بيعُ (الزَّيتونِ بالزَّيت، و) لا بيعُ (السِّمسِم بالشَّيرَج[1]، حتى يكونَ الزَّيتُ) الخالِصُ (والشَّيرَجُ) الخالِصُ (أكثرَ مما في الزَّيتون والسِّمسِم) ليكونَ قَدْرُه بمِثله، والزّائدُ بالثَّجير[2].

(١) مُعَرَّبٌ من شَيْرَهْ، وهو دُهن السمسم، وربما قيل للدهن الأبيض وللعصير قبل أن يتغير: شَيرَج؛ تشبيهًا به لصفائه، وهو بفتح الشين مثالُ زَينب. «المصباح» ١/٣٠٨.

(٢) في (ز) و(ح): بالتحير، وفي حاشية (ب): (وتقال بالتركي: كوسيه، الثجير ثُفل كل شيء يعصر، «خلاصة»).

ويُستقرَض الخُبزُ وزنًا لا عدَدًا.

ولا رِبا بين السَّيِّدِ وعبدِه، ....

وقال زفرُ: يجوزُ مع الجَهالةِ بأنه أكثَرُ منه أو أقلُّ أو مُساوٍ، فإن عُلِم أن الزَّيتَ الثَّمَنَ[1] ليس بأكثرَ لم يَجُز؛ لأن الأصلَ في العَقد هو الجَوازُ، فلا يَفسُد بالشَّكِّ والاحتِمالِ.

ولنا: أن جِهةَ الفَسادِ غالِبةٌ؛ لأنه يَفسُد من وَجهَين، ويصِحُّ من وجهٍ واحِدٍ، وعند الثَّلاثةِ: لا يصِحُّ أصلًا.

(ويُستقرَض الخُبزُ وزنًا) أي من حيث الوزنُ (لا) يُستقرَض (عدَدًا) أي من حيث العدَدُ عند أبي يوسف؛ لأن الوزنَ يُوجِب التَّساوِيَ، والعدَدَ لا، وبه قال الشَّافعيُّ في قولٍ، وبه يُفتى.

وعند محمدٍ: يُستقرَض بهما وزنًا وعدَدًا؛ لأن التَّفاوُتَ ساقِطٌ شرعًا؛ للتَّعامُل وحاجةِ[2] النّاسِ، وبه قال أحمدُ والشَّافعيُّ في قولٍ، وعند مالِكٍ: يعُتبَر العُرفُ.

وعند أبي حنيفة: لا يجوزُ أصلًا؛ لأن التَّفاوُتَ في العَدَد ظاهِرٌ من حيث القدرُ، وفيه تَفاوُتُ الأوصافِ، فلا يَثبُتُ التَّساوِي لا وزنًا ولا عدَدًا، فلا يجوزُ؛ تَحرُّزًا عن الرِّبا.

(ولا رِبا بين السَّيِّدِ وعبدِه) لأنه وما في يَده لِمَولاه، فلا يَتحقَّق الرِّبا، هذا إذا لم يكن عليه دَينٌ مُستغرِقٌ رَقَبته وما في يَده، وإن كان عليه دَينٌ

---

(١) في (ح): الثمن المتميز.

(٢) في (ب) و(ج) و(هـ): وخاصة.

وبين المُسلمِ والحَربيِّ ثَمّةَ.

لا يجوزُ؛ لأن ما في يَده ليس بِملكِ للمَولى عند أبي حنيفة، فصار كالمُكاتَب، وعندهما: تَعلّق به حقُّ الغيرِ، فلا يَعرى عن الشُّبهة، وفي «المُحيط»: لا رِبا بينهما، وإن كان عليه دَينٌ.

(و) لا (بين المُسلمِ والحَربيِّ ثَمّةَ) أي في دار الحربِ، وكذا إذا تَبايَعا بيعًا فاسِدًا هناك فهو جائزٌ عندهما، وقال أبو يوسف والشّافعيُّ ومالِكٌ وأحمدُ في رِوايةٍ صَحيحةٍ: لا يجوزُ؛ اعتِبارًا للحَربيِّ بالمُستأمَن منهم في دارنا، ولهما: قولُه عَلَيْهِ ٱلصَّلَاةُ وَٱلسَّلَامُ: «لا رِبا بين المسلمِ والحَربيِّ في دار الحربِ»، رَواه مَكحولٌ عن النَّبيِّ عَلَيْهِ ٱلصَّلَاةُ وَٱلسَّلَامُ[1].

---

(١) قال الزيلعي في «نصب الراية» ٤/ ٤٤: غريب، وأسند البيهقي في «المعرفة» (١٨١٦٩) في كتاب السِّيَر عن الشافعي قال: قال أبو يوسف: إنما قال أبو حنيفة هذا.. لأن بعض المشيخة حدثنا عن مكحول، عن رسول الله صَلَّى ٱللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ أنه قال: «لا ربا بين أهل الحرب»، أظنه قال: «وأهل الإسلام»، قال الشافعي: وهذا ليس بثابت، ولا حجة فيه. انتهى كلامه.
وقال المصنف في «البناية» ٨/ ٢٩٩: هذا حديث غريب ليس له أصل مسند، وقال الكاكي: ولنا الحديث المذكور في المتن، وفي «المبسوط»: عن مكحول عن النبي صَلَّى ٱللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ أنه قال: «لا ربا بين المسلم ...» الحديث، وهذا الحديث وإن كان مرسلًا فمكحول ثقة، والمرسل من مثله مقبول.
قال الأكمل: ولأبي حنيفة ومحمد رَحِمَهُمَا ٱللَّهُ ما روى مكحول... إلى آخره، ثم قال: ذكره محمد بن الحسن، وذكره الإترازي كذا، ثم قال: كذا في «شرح» أبي نصر.
قلت: أسند البيهقي في «المعرفة» في كتاب السير عن الشافعي رَضِيَ ٱللَّهُ عَنْهُ قال: قال أبو يوسف رَحِمَهُ ٱللَّهُ: إنما قال أبو حنيفة رَضِيَ ٱللَّهُ عَنْهُ هذا لأن بعض المشيخة حدثنا عن مكحول عن رسول الله صَلَّى ٱللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ أنه قال: «لا ربا بين أهل الحرب»، أظنه قال: =

....

= «وأهل الإسلام»، قال الشافعي رحمه الله: هذا ليس بثابت، ولا حجة فيه. انتهى.
قلت: لا نسلِّمُ عدم ثبوته؛ لأن جلالة قدر الإمام لا تقتضي أن يجعل لنفسه مذهبًا من غير دليل واضح، وأما قوله: ولا حجة فيه: فبالنسبة إليه، لأن مذهبه عدم العمل بالمرسلات، إلا مرسل سعيد بن المسيب، والمرسل عندنا حجة، على ما عرف في موضعه. والله أعلم.

باب الحُقوقِ

العُلْوُ لا يَدخُل بشِراء بيتٍ بـ: كلِّ حقٍّ، وبشِراء مَنزِلٍ إلا بـ: كلِّ حقٍّ هو له، أو بمَرافِقه، أو بكلِّ قَليلٍ وكَثيرٍ هو فيه أو منه.

هذا (باب) في بَيان أحكامِ (الحُقوقِ) في الْمَبيع

(العُلْوُ لا يَدخُل بشِراء بيتٍ) يَعني: إذا اشتَرى بيتًا فوقه بيتٌ لا يَدخُل فيه العُلْوُ، ولو قال (بكلِّ حقٍّ) هو له، ما لم يَنُصَّ عليه؛ لأن البيتَ اسمٌ لِمُسْقَفٍ واحِدٍ يَصلُح للبَيتوتة، والعُلْوُ مِثلُه، والشَّيءُ لا يكونُ تبَعًا لِمِثله، فلا يَدخُل بدون التَّنصيصِ عليه.

(و) لا يَدخُل العُلْوُ أيضًا (بشِراء مَنزِلٍ إلا) أن يقولَ الْمُشتَري (بكلِّ حقٍّ هو له، أو) يقولَ (بمَرافِقه أو) يقولَ (بكلِّ قَليلٍ وكَثيرٍ هو فيه أو منه) لأن الْمَنزِلَ له شبَهٌ للدّار، وشبَهٌ للبَيت؛ لأنه اسمٌ لما يَشتمِل على بُيوتٍ وصحنٍ مُسْقَفٍ ومَطبَخٍ، ويَسكُن فيه الرَّجُلُ بأهلِه، مع ضَرب قُصورٍ فيه، فإنه ليس فيه إصطَبلٌ، فلشَبَهه بالدّار يَدخُل، ولشَبَهه بالبَيت لا يَدخُل من غَير ذِكرٍ؛ تَوفيرًا على الشَّبَهَين حظَّهما[١].

وفي «الكافِي»: هذا التَّفصيلُ بِناءً على عُرف أهلِ الكوفةِ، وفي عُرفنا: يَدخُل العُلْوُ في الكلّ، سواءٌ باع باسم البيتِ أو الْمَنزِلِ أو الدّارِ؛ لأن كلَّ مَنزِلٍ يُسمّى خانةً[٢]، سواءٌ كان صَغيرًا أو كَبيرًا، فيُعتبَر

---

(١) في (ب) و(د): حطهما. وانظر «التبيين» ٤/ ٩٨.

(٢) في (أ) و(د): حانه، وفي (ج): حانة. وانظر «التبيين» ٤/ ٩٨.

ودَخَل بشِراء دارٍ، كالكَنيف، لا الظُّلَّةُ إلا بـ: كلِّ حقٍّ.

في كلِّ إقليمٍ وفي كلِّ عصرٍ عُرفُ أهلِه.

(ودَخَل) العُلْوُ (بشِراء دارٍ) وإن لم يَذكُر شيئًا من ذلك؛ لأن الدّارَ اسمٌ ما أُديرَ عليه الحُدودُ من الحائِط، ويَشتمِل على بُيوتٍ ومَنازِلَ وصحنٍ غيرِ مُسقَفٍ، والعُلْوُ من أجزائِه، فيَدخُل فيه من غَير ذِكرٍ (كالكَنيف) أي كما يَدخُل الكَنيفُ -وهو بيتُ الماءِ- بذِكر الدّارِ من غَير إفرادِه بالذِّكر كالعُلْو؛ لما قُلنا: إن الدّارَ اسمٌ لما أُديرَ عليه الحائِطُ، والكَنيفُ منه.

وكذا يَدخُل بِئرُ الماءِ، والأشجارُ في صَحنها، والبُستانُ فيها، وإن كان البُستانُ خارجَ الدّارِ.. إن كان أكبرَ منها أو مِثلَها: لا يَدخُل إلا بالشَّرط، وإن كان أصغرَ منها: يَدخُل؛ لأنه يُعَدُّ من الدّار عُرفًا.

(لا) تَدخُل (الظُّلَّةُ) وهي السّاباطُ الذي أحدُ طرَفَيه على الدّار، والطَّرَفُ الآخَرُ على دارٍ أُخرى، أو على الأُسطُوانات في السِّكّة، ومَفتَحُها في الدّار الْمَبيعةِ، فلا تَدخُل في بَيع الدّارِ (إلا) أن يقولَ (بكلِّ حقٍّ) أو نحوَ ذلك مما ذكَرْنا عند أبي حنيفة.

وعندهما: يَدخُل من غَير ذِكرِ شيءٍ إذا كان مَفتَحُها في الدّار؛ لأنها من تَوابع الدّارِ، كالعُلْو والكَنيفِ، وله: أنها خارِجةٌ عن الحُدود، مَبنيّةٌ على هَواء[1] الطَّريقِ، فصار كالطَّريق، فلا يَدخُل إلا بذِكر الحُقوقِ ونحوِها.

---

(١) في (ب) و(د) و(هـ): هذا الطريق.

ولا يَدخُل الطَّريقُ، والْمَسيلُ، والشِّربُ، إلا بنَحو: كلِّ حقٍّ، .....

(ولا يَدخُل الطَّريقُ والْمَسيلُ) وهو مَوضِعُ جَرْيِ الماءِ من الْمَطر وغيرِه (والشِّربُ) بكَسر الشِّين، وهو النَّصيبُ من الماء، في بَيع الْمسكَنِ أو الأرضِ (إلا) أن يقولَ (بنَحو كلِّ حقٍّ) ونحوَه؛ لأن هذه الأشياءَ تابِعةٌ من وجهٍ باعتِبار وُجودِها بدون الْمَبيعِ، فلا تَدخُل إلا بذِكر الحُقوقِ والْمَرافقِ.

وفي «الجامِع الصَّغيرِ»: محمدٌ عن يَعقوبَ عن أبي حنيفة: في الرَّجُل يَشتَري البيتَ في الدّار، أو الْمَنزِلَ في الدّار، أو الْمَسكَنَ في الدّار: قال: لا يكونُ له الطَّريقُ، إلا أن يقولَ: بكلِّ حقٍّ هو له، أو: بمَرافِقه، أو يقولَ: بكلِّ قَليلٍ وكَثيرٍ هو فيه أو منه، فيكونُ له الطَّريقُ.

وقال قاضِي خانَ: إذا كان طَريقُ الدّارِ الْمَبيعةِ أو مَسيلُ مائِها في دارٍ أخرى: لا يَدخُل من غَير ذِكرِ الحُقوقِ؛ لأنه ليس من هذه الدّارِ، ولكنه من حُقوق هذه الدّارِ، فلا يَدخُل إلا بذِكر الحُقوقِ.

فإن قال البائِعُ: ليس للدّار الْمَبيعةِ طَريقٌ في دارٍ أُخرى: فالْمُشتَري[1] لا يَستحِقُّ الطَّريقَ إلا بحُجّةٍ، ولكن له أن يَرُدَّها بالعَيب.

وكذلك لو كانَت جُذوعُ دارٍ أُخرى على الدّار الْمَبيعةِ.. فإن كانَت للبائِع: يُؤمَر برَفعها، وإن كانَت لغَيره: كان بمَنزِلة العَيبِ، وكذا لو ظَهَر في الدّار الْمَبيعةِ طَريقٌ لدارٍ أُخرى، أو مَسيلُ ماءٍ.. فإن كانَت تلك الدّارُ

(١) في سوى (أ) و(ج): والمشتري. وانظر «البحر» ٦/ ١٥٠، والشلبي ٤/ ٩٨.

بخِلاف الإجارةِ.

للبائعِ: فلا طَريقَ له في الدّار المَبيعةِ؛ لأنه باعَها من غَير استِثناءٍ، وإن كانَت لغَير البائعِ: كان بمَنزِلة العَيبِ.

(بخِلاف الإجارةِ) حيث تَدخُل فيها هذه الأشياءُ إذا استَأجَر دارًا أو أرضًا؛ لأنها تُعقَد للانتِفاع لا غيرُ[1]، ولهذا لو استَثنى هذه الأشياءَ عن[2] عَقد الإجارةِ تَبطُل.

ولا يَدخُل مَسيلُ ماءِ المِيزابِ إذا كان في مِلكٍ خاصٍّ، ولا مَسقَطُ الثَّلجِ فيه، وقِدْرُ الحَمّامِ يَدخُل؛ لأنه مُركَّبٌ بالبِناء[3]، وكذا الحجَرُ الأسفَلُ من الرَّحى، وكذا الأعلى استِحسانًا، والآلاتُ المُلصَقةُ بالبَيت، والله أعلمُ.

---

(١) قال في «رد المحتار» ٥/ ١٩٠: أي لأن الإجارة تعقد للانتفاع بعين هذه الأشياء، والبيع ليس كذلك، فإن المقصود منه في الأصل ملك الرقبة لا خصوص الانتفاع، بل هو أو ليتجر فيها أو يأخذ نقضها. «نهر»، قال الزيلعي: ألا ترى أنه لو استأجر الطريق من صاحب العين لا يجوز، يعني لعدم الانتفاع به بدون العين، فتعين الدخول فيها، ولا يدخل مسيل ماء الميزاب إذا كان في ملك خاص، ولا مسقط الثلج فيه. اهـ ومثله في «المنح» عن العيني. وفي «حواشي» مسكين أن هذا تقييد لقول المصنف: بخلاف الإجارة، فأفاد أن دخول المسيل في الإجارة بلا ذكر الحقوق مقيد بما إذا لم يكن في ملك خاص.

(٢) في (هـ): عند.

(٣) في (ج) و(ب): لأنه يدخل بالبناء.

﴿ باب الاستِحقاقِ ﴾

البيِّنةُ حُجّةٌ مُتعدِّيةٌ، لا الإقرارُ.

هذا (باب) في بَيان أحكامِ (الاستِحقاقِ)

وهو طلَبُ الحقِّ.

(البَيِّنةُ حُجّةٌ مُتعدِّيةٌ) إلى الغَير، تَظهَر في حقِّ كافّةِ النّاسِ إذا اتَّصَل بها قَضاءُ القاضِي؛ لأن له وِلايةً عامّةً، فيَنفُذ قَضاؤه في حقِّ الكافّةِ (لا الإقرارُ) يَعني: ليس الإقرارُ بحُجّةٍ مُتعدِّيةٍ إلى الغَير، بل هو حُجّةٌ قاصِرةٌ، فلا يَتوقَّف على القَضاء، وللمُقِرِّ وِلايةٌ على نَفسه دون غيرِه، فيَقتصِر عليه.

وهذا أصلٌ لفُروعٍ كَثيرةٍ، منها: ما أشارَ إليه أوّلًا بقَوله: (مَبيعةٌ وَلَدت فاستُحِقَّت ...) إلخ، على ما يجيءُ، وهو من مَسائِل «الجامِعِ الصَّغيرِ».

ومنها: أنه إذا اشتَرى عبدًا، ثم ظَهَر له مُستحِقٌّ بالبَيِّنة: فإنه يَرجِع على البائِع بالثَّمَن؛ لأنه يَثبُتُ بها الْمِلكُ من الأصل، فيَتعدّى إلى الكلّ.

ولو أقَرَّ به الْمُشتَري لرجلٍ أنه مُستحَقٌّ له: لا يَرجِعُ بالثَّمَن على البائِع؛ لأن إقرارَه قاصِرٌ عليه، فيَثبُتُ به الْمِلكُ في الْمُقَرِّ به ضَرورةَ صِحّةِ الخبَرِ، وقد اندَفَعت الضَّرورةُ بإثباتِه، فلا يَظهَر الاستِحقاقُ في حقِّه في الرُّجوع بالثَّمَن على البائِع.

والتَّناقُضُ يَمنَع دَعوى الْمِلكِ، ....

(والتَّناقُضُ) في الكَلام (يَمنَع دَعوى الْمِلكِ) وهذا أيضًا أصلٌ لفُروعٍ كَثيرةٍ، ومَوضِعُها في كِتاب الدَّعوى.

ومن صُوَر ذلك: ما ذَكَره في «الفَتاوى الظَّهيريَّةِ»: رجلٌ ادَّعى على رجلٍ مِقدارًا مَعلومًا بأنه دَينٌ له عليه، وأنكَر الْمُدَّعَى عليه ذلك، ثم ادَّعى أن ذلك الْمِقدارَ عنده من جِهة الشَّرِكةِ: فإنه لا تُسمَع دَعواه؛ لأنه مُتناقِضٌ في كَلامه، ولو كان الأمرُ بالعَكس تُسمَع، لإِمكان التَّوفيقِ؛ لأن مالَ الشَّرْكةِ يجوزُ أن يكونَ دينًا بالجُحود، والدَّينُ لا يجوزُ أن يصيرَ مالَ الشَّرْكةِ.

ومنها: ما ذَكَره فيها أيضًا: رجلٌ ادَّعى على آخرَ أنه أخُوه، وادَّعى عليه النَّفَقةَ، فقال الْمُدَّعى عليه: ليس بأخِي، ثم مات الْمُدَّعِي، وخَلَّف أموالًا كَثيرةً، فجاء الْمُدَّعَى عليه يَطلُب مِيراثَه، وقال: (هو أخِي): لا يُقبَل منه ذلك، ولا يُقضى له بالْمِيراث؛ لأنه مُتناقِضٌ، ولو كان مَكانَ دَعوى الأُخُوّةِ دَعوى البُنُوّةِ أو الأُبُوّةِ، والْمَسألةُ بحالها: يُقبَل ذلك منه، ويُقضى له بالْمِيراث.

ومنها: ما ذَكَره فيها: ادَّعى عَينًا في يَدَي إنسانٍ أنها لفُلانٍ وَكَّلني بالخُصومة فيها، ثم ادَّعى أنها له، وأقامَ البَيِّنةَ على ذلك: يصيرُ مُتناقِضًا، فلا تُقبَل بَيِّنتُه، ولو ادَّعى أنها له، ثم ادَّعى بعد ذلك أنها لفُلانٍ وَكَّله بالخُصومة فيها، وأقامَ البَيِّنةَ على ذلك: قُبِلت بَيِّنتُه، ولا يصيرُ مُتناقِضًا. انتهى.

لا الحُرِّيَّةِ، والطَّلاقِ، ....

وإنما يَمنَع التَّناقُضُ في الكَلام دَعوى الْمِلكِ: لأن القاضِيَ لا يُمكِنه أن يَحكُمَ بالكَلام الْمُتناقِضِ؛ إذ أحَدُهما ليس بأولى من الآخَر، فسَقَطا.

(لا) يَمنَع التَّناقُضُ دَعوى (الحُرِّيَّةِ) كالْمُكاتَب إذا أقامَ بَيِّنةً على أن مَولاه أعتَقه قبل الكِتابةِ، فإنه تُقبَل بَيِّنتُه، فالتَّناقُضُ لا يَمنَع صِحَّةَ الدَّعوى في العَتق؛ لأنه أمرٌ يَجري فيه الخَفاءُ؛ لأنه أمرٌ يَنفرِد به الْمَولى، فربما لا يَعلَمُ العبدُ إعتاقَه، ثم يَعلَمُ بعد ذلك.

(و) لا يَمنَع أيضًا دَعوى (الطَّلاقِ) كالْمَرأة إذا اختَلَعت من زَوجها، ثم أقامَت بَيِّنةً أنه كان طَلَّقها ثَلاثًا قبل الخُلعِ، فإنه تُقبَل بَيِّنتُها، ولها أن تَستردَّ بدَلَ الخُلعِ وإن كانَت مُتناقِضةً؛ لاستِقلال الزَّوجِ بإيقاع الثَّلاثِ عليها من غَير أن يكونَ لها عِلمٌ بذلك.

وقاس على هذا في «الفَتاوى الظَّهيريَّةِ» مَسألةً، وهي: أن رَجُلًا اشتَرى دارًا لابنِه الصَّغيرِ من نَفسه، وأشهَد على ذلك شُهودًا، فكَبِر الابنُ، ولم يَعلَم بما صَنَع الأبُ، ثم إن الأبَ باع الدّارَ من رجلٍ، وسَلَّمها إليه، ثم إن الابنَ استَأجَر الدّارَ من الْمُشتَري، ثم عَلِم بما صَنَع الأبُ، فادَّعى الدّارَ على الْمُشتَري، وقال: إن أبِي اشتَرى هذه الدّارَ لي من نَفسه في صِغَري، وهي مِلكي، وأقامَ على ذلك بَيِّنةً، فقال الْمُدَّعى عليه في دَفع دَعوى الْمُدَّعي: إنك مُتناقِضٌ في هذه الدَّعوى؛ لأن استِئجارَك الدّارَ منِّي اعتِرافٌ منك أن الدّارَ ليست لك، فدَعواك الدّارَ بعد ذلك يكونُ منك تَناقُضًا..

والنَّسَبِ.

مَبيعةٌ وَلَدت، فاستُحِقَّت ببيّنةٍ: تَبِعها ولَدُها، وإن أقَرَّ بها لرجلٍ: لا.

قال: الصَّحيحُ أن هذا لا يَصلُح دَفعًا لدَعوى الْمُدَّعي، وإن كان هذا تَناقُضًا؛ لأن هذا التَّناقُضَ لا يَمنَع صِحّةَ الدَّعوى؛ لما فيه من الخَفاء، فإن الأبَ يَستقِلُّ بالشِّراء للصَّغير، ومن الصَّغير لنَفسه، والابنُ لا عِلمَ له بذلك، ثم قال: ألا تَرى أن الْمَرأةَ إذا اختَلَعت من زَوجها... إلى آخِر ما ذكَرْناه.

(و) لا يَمنَع أيضًا دَعوى (النَّسَبِ) كالرَّجُل إذا باع عبدًا وُلِد عنده، وباعَه الْمُشتَري من آخرَ، ثم ادَّعاه البائِعُ الأوَّلُ أنه ابنُه: تُسمَع دَعواه، ويَبطُل البيعُ الأوَّلُ والثّاني؛ وذلك لأن النَّسَبَ يُبنى على العُلوق، فيَخفى عليه، فيُعذَرُ في التَّناقُض.

(مَبيعةٌ) يَعني: جارِيةٌ مَبيعةٌ (وَلَدت) عند الْمُشتَري (فاستُحِقَّت) أي فظَهَر لها مُستحِقٌّ (ببيّنةٍ: تَبِعها) أي تَبِع الْمَبيعةَ (ولَدُها) يَعني: يَأخُذُها الْمُستحِقُّ مع ولَدِها؛ لأن البيِّنةَ حُجّةٌ مُطلَقةٌ، فإنها كاسمِها مُبيِّنةٌ، فيَظهَرُ بها مِلكُه من الأصل، والولَدُ كان مُتَّصِلًا بها، فيكونُ له، ثم قِيل: يَدخُل الولَدُ في القَضاء بالأُمِّ؛ لأنه تبَعٌ لها، فيُكتفى به، وقِيل: يُشترَط القَضاءُ بالوَلَد، وهو الأصحُّ.

(وإن أقَرَّ) الْمُشتَري (بها) أي بالجارِية (لرجلٍ: لا) يَتبَعها ولَدُها، فيَأخُذ الْمُقَرُّ له الجارِيةَ فقط؛ لأن الإقرارَ حُجّةٌ قاصِرةٌ، فيَثبُتُ بها الْمِلكُ الْمُخبَرُ به ضَرورةَ صِحّةِ الإخبارِ، وقد اندفَعَت بإثباتِه بعد الانفِصالِ، فلا يكونُ

وإن قال عبدٌ لِمُشترٍ: اشتَرِني فأنا عبدٌ، فاشتَرى، فإذا هو حُرٌّ. فإن كان البائِعُ حاضِرًا، أو غاب غَيبةً مَعروفةً: فلا شيءَ على العَبد، وإلا: رَجَع الْمُشتَري على العَبد، والعبدُ على البائِع، ....

الولَدُ له، وفي «النِّهاية»: إنما لا يَتبَعها الولَدُ في الإقرار إذا لم يَدَّعِه الْمُقَرُّ له، أما إذا ادَّعاه كان له؛ لأن الظَّاهِرَ أنه له.

(**وإن قال عبدٌ لِمُشترٍ**) أي لرجلٍ يَطلُب شِراءَ عبدٍ (**اشتَرِني فأنا عبدٌ**) لفُلانٍ (**فاشتَرى**) الرَّجُلُ العبدَ بِناءً على كَلامه (**فإذا هو**) أي العبدُ (**حُرٌّ**) أي ظَهَر حُرًّا، و(إذا) هنا للمُفاجَأة، فلذلك لا تُنوَّن.

(**فإن كان البائِعُ حاضِرًا، أو غاب**) البائِعُ (**غَيبةً مَعروفةً**) يَعني: يُدرى أين هو (**فلا شيءَ على العَبد**) لوُجود مَن عليه الحقُّ، وهو البائِعُ (**وإلا**) أي وإن لم يَدرِ البائِعُ أين هو (**رَجَع الْمُشتَري على العَبد**) بالثَّمَن عند أبي حنيفة ومحمدٍ؛ لأن الْمُقَرَّ بالعُبوديّة ضَمِن سَلامةَ نفسِه، والْمُشتَري اعتَمَد على أَمره وإقرارِه أنه عبدُه؛ إذ القولُ قولُه في الحُرِّيّة، فيُجعَل ضامِنًا للثَّمَن عند تَعذُّرِ رُجوعِه على البائِع؛ دَفعًا للغَرَر والضَّرَر.

(و) رَجَع (**العبدُ على البائِع**) بالثَّمَن إذا ظَفِر به؛ لأنه قَضى دَينًا عليه، وهو مُضطَرٌّ فيه، فلا يكونُ مُتبرِّعًا، كمُعير الرَّهنِ إذا قَضى الدَّينَ بتَخليص الرَّهنِ، وعند أبي يوسف: لا يَرجِع الْمُشتَري على العَبد بشيءٍ؛ لأن ضَمانَ الثَّمَن بالْمُعاوَضة أو بالكَفالة، فلم يُوجَد واحِدٌ منهما، فصار كما إذا قال: اشتَرِني، أو قال: أنا عبدُه، ولم يَزِد على ذلك.

بخِلاف الرَّهنِ.

فإن قُلتَ: هذا مُشكِلٌ على قَول أبي حنيفة رَضِيَ اللهُ عَنهُ، فإن الدَّعوى شرطٌ عنده لقَبول الشَّهادةِ بالحُرِّيَّة؛ لكَون العَتقِ حقَّ العبدِ، والتَّناقُضُ فيه يَمنَعُ صِحَّةَ الدَّعوى، فكيف تُقبَل بَيِّنتُه على الحُرِّيَّة بعد إقرارِه بالرِّقِّ؟

قُلتُ: قِيل: إن كان في حُرِّيَّة الأصلِ فالدَّعوى ليست بشرطٍ عنده؛ لتَضمُّنها تَحريمَ فرجِ الأمِّ؛ لأن الشُّهودَ يَجِب عليهم تَعيينُ أُمِّه في حُرِّيَّة الأصلِ، فيَحرُم على الْمَولى، وحُرمةُ الفرجِ حقُّ اللهِ تَعالى، وفي حُقوق اللهِ تَعالى الدَّعوى ليست بشرطٍ، كما في عَتق الأمةِ، فلا يكونُ التَّناقُضُ مانِعًا.

والجُمهورُ على أن دَعوى العبدِ شرطٌ عنده في الحُرِّيَّة الأصليَّةِ والطَّارِئةِ؛ لأنها حقُّ العبدِ، وهو الصَّحيحُ، لكن التَّناقُضُ لا يَمنَع صِحَّةَ الدَّعوى، وقَبولُ الشَّهادةِ فيهما لخَفاء الحالِ عليه، وهو العُلوقُ، فيُعفى التَّناقُضُ..

أما الحُرِّيَّةُ الأصليَّةُ: فلأنّ الصَّغيرَ قد يُجلَبُ من دار الحربِ، ولا يَعلَمُ بحُرِّيَّة أبَوَيه، أو بحُرِّيَّة أحَدِهما بإسلامِهما، أو بإسلامِ أحَدِهما فيها، ويَعتقِدُ أنه رَقيقٌ، فيُقِرُّ بالرِّقِّ، ثم تَبيَّن له الحالُ بعد ذلك، فيَدَّعي الحُرِّيَّةَ، فيُعذَرُ في التَّناقُض، وأما في العَتق الطَّارئِ: فلأن الْمَولى يَستبِدُّ به، ويَخفى على العَبد، فيُعذَر في التَّناقُض.

(بخِلاف الرَّهنِ) بأن قال العبدُ: ارتَهِنِّي فإنِّي عبدٌ، فارتَهَنه، فإذا هو حُرٌّ؛ حيث لا يَرجِع الْمُرتهِنُ على العَبد بحالٍ، سواءٌ كان الرّاهنُ

ومَن ادَّعى حقًّا في دارٍ، فصُولِح على مائةٍ، فاستُحِقَّ بعضُها : لم يَرجِع بشيءٍ، ولو ادَّعى كلَّها : رَجَع بقِسطه.

حاضِرًا أو غائِبًا؛ لأن الرَّهنَ ليس بمُعاوَضةٍ؛ ألا تَرى أنه يجوزُ في مَوضِعٍ لا تجوزُ فيه الْمُبادَلةُ، كثَمَن الصَّرفِ، ورأسِ مالِ السَّلَمِ، والْمُسلَمِ فيه، فلا يُمكِن أن يُجعَلَ الأمرُ به ضَمانًا للسَّلامة؛ إذ هو ضِمنَ عَقدِ الْمُعاوَضةِ.

(**ومَن ادَّعى حقًّا**) مَجهولًا (**في دارٍ، فصُولِح على مائةٍ، فاستُحِقَّ بعضُها**[1]) أي بعضُ الدّارِ (**لم يَرجِع**) الْمُدَّعى عليه (**بشيءٍ**) على الْمُدَّعِي؛ لأن دَعواه يجوزُ أن تكونَ فيما بَقِي وإن قلّ، فما دام في يَده شيءٌ لا يَرجِع عليه بشيءٍ.

(**ولو ادَّعى كلَّها**) أي كلَّ الدّارِ، فصُولِح على مائةٍ، فاستُحِقَّ منها شيءٌ (**رَجَع**) الْمُدَّعى عليه على الْمُدَّعي (**بقِسطه**) أي بقِسط الْمُستحَقّ؛ لأن الصُّلحَ على مائةٍ وَقَع عن كلّ الدّارِ، فإذا استُحِقَّ منها شيءٌ تَبيَّن أن الْمُدَّعيَ لا يَملِك ذلك القدْرَ، فيَرُدُّ بحِسابه من العِوَض.

تَوضيحُه: إذا كانَت الدّارُ تُساوِي ألفًا، فوَقَع الصُّلحُ على مائةٍ، واستُحِقَّ نِصفُ الدّارِ: رَجَع عليه بخَمسين دِرهَمًا، وعلى هذا[2].

(١) في (د): فاستحق نصفها.

(٢) كذا النص في الأصول.

فصلٌ [في بَيع الفُضُوليّ]

وَمَن باع مِلكَ غيرِه: فللمالِك أن يَفسَخَه ويُجيزَه، إن: بَقِي العاقِدان، والْمَعقودُ عليه، وله، وبه لو عَرْضًا.

هذا (فصلٌ) في بَيع الفُضُوليّ

(ومَن باع مِلكَ غيرِه) بغَير أمرِه (فللمالِك أن يَفسَخَه) أي أن يَفسَخَ البيعَ إن شاء (و) إن شاء (يُجيزه) أي البيعَ (إن بَقِي العاقِدان) وهما البائعُ الفُضوليُّ والْمُشتَري منه (والْمَعقودُ عليه) وهو الْمَبيعُ (و) الْمَعقودُ (له) وهو المالِكُ (و) الْمَعقودُ (به) وهو الثَّمَنُ (لو) كان (عَرْضًا).

والأصلُ فيه: أن كلَّ تَصرُّفٍ صَدَر من الفُضوليّ وله مُجيزٌ حالَ وُقوعِه: انعَقَد مَوقوفًا على الإجازة عندنا، وإلا يَقَع باطِلًا، والشِّراءُ لا يَتوقَّف على الإجازة إذا وَجَد نَفاذًا على العاقِد، وإلا[1] يَتوقَّف، كشِراء العبدِ والصَّغيرِ الْمَحجورِ عليهما، وعند الشّافعيّ: لا تَنعقِد تَصرُّفاتُ الفُضوليّ أصلًا، ولا تجوزُ بإجازةِ المالِكِ؛ لأنه صادِرٌ عن غَير وِلايةٍ شَرعيّةٍ.

ولنا: حَديثُ عُروةَ بنِ أبِي الجَعدِ البارِقيِّ: أن النَّبيَّ عَلَيْهِ الصَّلَاةُ وَالسَّلَامُ أعطاه دِينارًا ليَشتَرِيَ له شاةً، فاشتَرى له به شاتَين، فباع إحداهما بدِينارٍ، وجاء بدِينارٍ وشاةٍ، فدَعا له بالبَرَكة في بَيعه، فكان لو اشتَرى

(١) في (أ): ولا. وانظر «التبيين» ٤/١٠٣.

....

التُّرابَ لرَبح فيه، رَواه البُخاريُّ، وأحمدُ، وأبُو داوُدَ[1]، ولو لم يَنعقِد البيعُ لم يُجوِّزه النَّبيُّ صَلَّى اللهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ.

فإن قُلتَ: نَهى رَسولُ اللهِ صَلَّى اللهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ عن بَيع ما ليس عند الإنسانِ[2]، أي ما لا يَملِكه، كما نَهى عن بَيع الْمَبيعِ قبل القبضِ، وعن بَيع الآبقِ.

قُلتُ: الكَلامُ في انعِقاد العقدِ، وبيعُ الْمَبيعِ قبل القبضِ يَنعقِد عندنا، وإن كان فاسِدًا، وكذا الآبِقُ في رِوايةٍ، حتى لو سَلَّمه بعد ذلك صحّ، ولا يَلزَمُنا، والْمُرادُ من الحَديث: أن يَبيعَ شيئًا لا يَملِكه، ثم يَشترِيَه ويُسلِّمَه.

فإن قُلتَ: هذا غرَرٌ، ونَهى النَّبيُّ عَلَيْهِ الصَّلَاةُ وَالسَّلَامُ عن بَيع الغَرَر فيما رَواه مسلمٌ[3].

قُلتُ: لا نُسلِّم أنه غرَرٌ؛ لأنه يَتوقَّف على إجازة المالِكِ.

وإنما شُرِط لصِحّة الإجازةِ بَقاءُ أربَعةِ أشياءَ، وهي: الْمُتعاقِدان، والْمَعقودُ له، والْمَعقودُ عليه: لأن الإجازةَ تَصرُّفٌ في العَقد، فلا بُدَّ من قِيامه، وذلك بقِيام هذه الأشياءِ، ولا يُشترَط بَقاءُ الثَّمَن إلا إذا كان عَرْضًا؛ لأن العَرْضَ يَتعيَّن بالتَّعيين، فصار كالْبيع[4]، فيُشترَط بَقاؤه

---

(1) الإمام أحمد (١٩٣٥٦)، والبخاري (٣٦٤٢)، وأبو داود (٣٣٨٤).

(2) تقدم تخريجه.

(3) (١٥١٣)، وتقدم.

(4) في سوى (أ): كالمبيع. وانظر «التبيين» ٤/ ١٠٤.

....

حينَئذٍ أيضًا، وإذا أجازَه المالِكُ كان الثَّمَنُ مَملوكًا له، أمانةً في يَد الفُضوليّ بمَنزِلة الوَكيلِ، حتى لا يَضمَنُ بالهَلاك في يَده، سواءٌ هَلَك بعد الإجازةِ أو قبلها.

وإن كان الثَّمَنُ عَرْضًا مُعيَّنًا كان مِلكًا للفُضوليّ، وإجازةُ المالِكِ بعده إجازةُ نقدٍ، لا إجازةُ عقدٍ، فيَجِب على الفُضوليّ مِثلُ الْمَبيعِ إن كان مِثليًّا، وإلا فقِيمتُه؛ لأنه لما صار البَدَلُ له صار مُشترِيًا لنَفسه بمال الغَير، مُستقرِضًا له في ضِمن الشِّراءِ، فيَجِب عليه ردُّه، كما لو قَضى دَينَه بمال الغيرِ.

واستِقراضُ غيرِ الْمِثليّ جائزٌ ضِمنًا، وإن لم يجُز قَصدًا؛ ألا تَرى أن الرَّجُلَ إذا تَزوَّج امرَأةً على عَبد الغيرِ صحّ، وتَجب قِيمتُه عليه؛ لأن النِّكاحَ على العَبد مَشروعٌ، فيَنفُذ، ومن ضَرورته[1] يصيرُ قرضًا، فكذا هنا[2].

ثم للفُضوليّ أن يَفسَخَ قبل الإجازةِ[3]؛ ....

---

(١) في (ب) و(ج) و(هـ): وفي صورته. وانظر «التبيين» ٤/ ١٠٥.

(٢) واعتبار جانب الشراء أولى من اعتبار جانب البيع؛ لأنه يوافق الأصل؛ لنفاذ تصرف العاقل عليه، واعتبار جانب البيع يقتضي التوقف على غيره، وهو خلاف الأصل، ولا يقال: لو كان شراء لما ملكه الوكيل بالبيع؛ لأنّا نقول: إطلاق الوكالة بالبيع يتناول البيع بالعين والدين، فيجري على إطلاقه في غير موضع التهمة. «التبيين» ٤/ ١٠٥.

(٣) في (ب): أن يفسخ الإجازة، وفي (ج): أن يفسخ الإجارة. وانظر «البناية» ٨/ ٣١٥.

وصحَّ عَتقُ مُشترٍ من غاصِبٍ بإجازةِ بَيعه، لا بيعُه.

دَفعًا للحُقوق عن نَفسه[1]، بخِلاف الفُضوليّ في النِّكاح؛ لأنه مُعبِّرٌ مَحضٌ، فلا تَرجع الحُقوقُ إليه.

(وصحَّ عَتقُ مُشترٍ) عبدًا (من غاصِبٍ) غَصَبه وباعَه له (بإجازةِ) المالِكِ (بَيعه) أي بَيع الغاصِبِ، وقال محمدٌ: لا يصِحُّ، وهو القِياسُ، لأنه لم يَملِكه، وعند الإجازةِ إن ثَبَت الْمِلكُ بطَريق الاستِنادِ[2] فهو ثابِتٌ من وجهٍ دون وجهٍ، فلا يَصلُح شرطًا للإعتاق؛ لأن الْمُصحِّحَ للإعتاق مِلكٌ كامِلٌ.

ولهما: أن الْمِلكَ يَثبُت مَوقوفًا، فيَتوقَّفُ[3] الإعتاقُ مُرتَّبًا عليه[4]، ويَنفُذ بنَفاذه، وصار[5] كإعتاق الْمُشتَري من الرّاهِن، فإنه يَتوقَّف، ويَنفُذ بإجازة الْمُرتهِنِ البيعَ.

(لا) يصِحُّ (بيعُه) أي بيعُ الْمُشتَري من الغاصِب بإجازة المالِكِ البيعَ الأوَّلَ؛ لأنه بالإجازة ثَبَت للمُشتَري الأوَّلِ -وهو البائِعُ الثّاني- مِلكٌ باتٌّ، فإذا طَرَأ على مِلكٍ مَوقوفٍ لغَيره أبطَله[6]؛ لاستِحالة اجتِماعِ

---

(١) لما أن الحقوق تَرجِعُ إلى الوكيل، وهو ما بالإجازة يصير بمنزلته في رجوع الحقوق إليه، فله أن يفسخه لدفع الضرر عن نفسه، وكذلك للمشتري أن يفسخه. وانظر «البناية» ٨/ ٣١٥.

(٢) في (ب) و(د): الاستيلاد. وانظر «التبيين» ٤/ ١٠٦.

(٣) في سوى (أ) و(هـ): فيترتب. وانظر «التبيين» ٤/ ١٠٦.

(٤) في (ج): الإعتاق عليه.

(٥) في (د): وجاز. وانظر «التبيين» ٤/ ١٠٦.

(٦) في (ب) و(ج): موقوف أبطله.

ولو قُطِعت يدُه، فأُجيزَ: فأَرْشُه لِمُشتَريه، وتَصدَّق بما زاد على نِصف الثَّمَن.

ولو باع عبدَ غيرِه بغَير أمرِه، فبَرْهَن الْمُشتَري على إقرار البائِع، أو .

الْمِلكِ الباتِّ والْمِلكِ الْمَوقوفِ في مَحَلٍّ واحِدٍ.

(ولو قُطِعت يدُه) أي يدُ العبدِ الذي باعَه الفُضوليُّ عند الْمُشتَري (فأُجيزَ) أي البيعُ، ثم أجازَ[1] مالِكُه البيعَ (فأَرْشُه) أي فأرْشُ يدِ العبدِ يكونُ (لِمُشتَريه) لأن الْمِلكَ ثَبَت له من وَقت الشِّراءِ، فتَبيَّن أن القطعَ وَرَد على مِلكه، وعلى هذا: كلُّ ما يَحدُث من الْمَبيع من كسبٍ أو ولَدٍ أو عَقرٍ[2] قبل الإجازةِ: فهو للمُشتَري.

(وتَصدَّق) الْمُشتَري (بما زاد على نِصف الثَّمَن) لأن فيه شُبهةَ عدَمِ الْمِلكِ؛ لأنه غيرُ مَوجودٍ حَقيقةً وقتَ القطعِ، وأرشُ اليدِ الواحِدةِ في الحُرِّ نِصفُ الدِّيةِ، وفي العَبد نِصفُ القِيمةِ، والذي دَخَل في ضَمانه ما هو كائِنٌ بمُقابَلة الثَّمَن، فما زاد على نِصف الثَّمَن فيه شُبهةُ عدَمِ الْمِلكِ؛ لما قُلنا.

(ولو باع) شخصٌ (عبدَ غيرِه بغَير أمرِه، فبَرْهَن الْمُشتَري) أي أقامَ بَيِّنةً (على إقرار البائِع) الفُضوليِّ (أو) بَرْهَن الْمُشتَري على ....

---

(1) في (ب) و(ج): أي ثم أجاز.

(2) كذا في (أ): أو عقر، وفي (هـ): من كسب أو عقر وولد أو عتق قبل الإجازة. وفي باقي النسخ: أو عتق. وانظر «التبيين» ٤/١٠٨.

ربُّ العبدِ، أنه لم يَأْمُر بالبَيع، وأرادَ ردَّ البيعِ: لم تُقبَل، وإن أقَرَّ البائعُ بذلك عند القاضِي: بَطَل البيعُ إن طَلَب الْمُشتَري ذلك.

(**ربُّ العبدِ**) أي مالِكه (**أنه**) أي أن كلَّ واحِدٍ من البائِع أو مالِكِ العبدِ (**لم يَأمُر بالبَيع**) أي ببَيع العبدِ الْمَذكورِ (**وأرادَ**) الْمُشتَري (**ردَّ البيعِ**[1]) الْمَذكورِ (**لم تُقبَل**) بَيِّنتُه؛ لبُطلان دَعواه بالتَّناقُض؛ إذ إقدامُهما على العَقد وهما عاقِلان اعتِرافٌ منهما بصِحّته ونَفاذِه، والبَيِّنةُ لا تُبنى إلا على دَعوى صَحيحةٍ، فإذا بَطَلت الدَّعوى لا تُقبَل.

ولا يُشكِل هذا بما ذَكَر في «الزِّيادات»: أن الْمَبيعَ إذا ادَّعاه رجلٌ، فصَدَّقه الْمُشتَري، فدَفَع إليه، ثم بَرْهَن على إقرار البائِعِ بأن العَبدَ للمُستحِقّ، يُريدُ بذلك الرُّجوعَ بالثَّمَن: تُقبَل بَيِّنتُه؛ لأن العبدَ في يَد الْمُشتَري هنا، وهناك في يَد الْمُستحِقّ، وشرطُ الرُّجوعِ بالثَّمَن أن لا تكونَ العينُ سالِمةً للمُشتَري، فلذلك لم يَرجع هنا، ورَجَع هناك.

(**وإن أقَرَّ البائِعُ**) الْمَذكورُ (**بذلك**) أي بأن ربَّ العبدِ لم يَأمُره بالبَيع (**عند القاضِي: بَطَل البيعُ إن طَلَب الْمُشتَري ذلك**) أي بُطلانَ البيعِ؛ لأن التَّناقُضَ لا يَمنَع صِحّةَ الإقرارِ؛ لعَدَم التُّهَمةِ، فللمُشتَري أن يُساعِدَه فيه، فيَتحقَّقُ الاتِّفاقُ بينهما، فيَنتقِضُ في حقِّهما، لا في حقِّ ربِّ العبدِ إن كَذَّبهما وادَّعى أنه كان بأمرِه.

---

(١) في (د): المبيع.

....

فإذا لم يَنفسِخ في حقِّه يُطالِبُ البائعَ بالثَّمَن عندهما؛ لأنه وَكيلُه، وليس له أن يُطالِبَ الْمُشترِيَ، وعند أبي يوسف: له أن يُطالِبَه، فإذا أدّى رَجَع به على البائِع، ولو كان بالعَكس، بأن أنكَر المالِكُ التَّوكيلَ، وتَصادَقا أنه وَكَّله.. فإن أقامَ الوَكيلُ البَيِّنةَ: لَزِمه، وإلا استَحلَف المالِكَ، فإن حَلَف لم يَلزَمه، وإن نَكَل لَزِمه؛ لأن النُّكولَ كالإقرار.

ولو غاب المالِكُ بعد الإنكارِ، وطَلَب البائِعُ الفسخَ: فَسَخ القاضِي البيعَ بينهما، ولا يُؤخِّرُه لحُضوره ليَحلِفَ، فلو حَضَر المالِكُ وحَلَف: أَخَذ العبدَ، وإن نَكَل عاد البيعُ.

ولو كان المالِكُ حاضِرًا، وغاب الْمُشتَري: لم يَأخُذ العبدَ؛ لأن البيعَ صحَّ ظاهِرًا، فلا يصِحُّ القضاءُ على الغائِب بفَسخه، وللبائِع أن يُحلِّفَ ربَّ العبدِ أنه ما أَمَره ببَيعه، فإن نَكَل ثَبَت أمرُه، وإن حَلَف ضَمَّن البائِعَ، ونَفَذ بيعُه.

ولو مات المالِكُ قبل حُضورِه، فوَرِثه البائِعُ، وأقامَ بَيِّنةً على إقرار المالِكِ بأنه لم يَأمُره: لم تُقبَل؛ للتَّناقُض، ولو أقامَها على إقرار مُشتَريه بذلك بعد موتِه تُقبَل.

ولو وَرِثه البائِعُ وغيرُه، فإن ادَّعى الغيرُ جُحودَ المالِكِ تُسمَع، بخِلاف شَريكِه البائِع، ولِمُشتَريه أن يُحلِّفَه بالله ما يَعلَم أن الْمَولى أَمَره ببَيعه، فإن نَكَل ثَبَت الأمرُ، وإن حَلَف أَخَذ نِصف العبدِ، ورَجَع الْمُشتَري على البائِع بنِصف الثَّمَن، وخُيِّر في النِّصف الآخَرِ؛ لتَفرُّق الصَّفْقةِ عليه.

ومَن باع دارَ غيرِه فأَدخَلها الْمُشتَري في بِنائه: لم يَضمَن البائِعُ.

هذا إذا أقَرَّ الْمُشتَري بأن العبدَ مَلَك الأمرَ، ولو أنكَر لَغا قولُ الآمِرِ حتى يُقيمَ البَيِّنةَ على مِلكه، ولَغا تَوكيلُ بائعِه[1] في خُصومته؛ كي لا يصيرَ البائِعُ ساعِيًا في نَقض ما أوجَبه.

(ومَن باع دارَ غيرِه) بغَير إذنِه (فأَدخَلها الْمُشتَري في بِنائه[2]) ثم اعتَرَف البائِعُ بالغَصب، وأنكَر الْمُشتَري (لم يَضمَن البائِعُ) الدّارَ؛ لأن إقرارَ البائعِ لا يُصدَّق على الْمُشتَري، ولا بُدَّ من إقامةِ البَيِّنةِ حتى يَأخُذَها، فإذا لم يُقِم الْمُستحِقُّ -وهو صاحِبُ الدّارِ- البَيِّنةَ: كان التَّلَفُ مُضافًا إلى عَجْزه عن إقامة البَيِّنةِ، لا إلى عَقد البائعِ؛ لأن الغاصِبَ لا يجوزُ بيعُه.

فعلى هذا: يُعلَم أن قولَه: (وأَدخَلها الْمُشتَري في بِنائه[3]) وَقَع اتِّفاقًا؛ إذ لا تَأثيرَ للإدخال في البِناء في ذلك، والله أعلمُ.

(١) أي توكيل الآمِر فهو من إضافة المصدر إلى مفعوله، أي توكيل رب العبد بائعه، أي لغا أن يوكل رب العبد بائعه. اهـ. شلبي ٤/ ١١٠.

(٢) في (هـ): بنيانه.

(٣) في (هـ): بنيانه.

﴾ باب السَّلَم ﴿

ما أَمكَن ضبطُ: صِفَتِه، ومَعرِفةُ مِقدارِه: ....

هذا (باب) في بَيان أحكامِ (السَّلَمِ)

وهو بمَعنى السَّلَفِ لُغةً، ويُسَمّى سَلَمًا، وإسلامًا، وسَلَفًا، وإسلافًا.

وشرعًا: هو عقدٌ يُثبِت المِلكَ في الثَّمَن عاجِلًا، وفي المُثْمَن آجِلًا.

وما قِيل: (هو أخذُ عاجِلٍ بآجِلٍ): فاسدٌ؛ لأن السِّلعةَ إذا بِيعَت بثمَنٍ مُؤجَّلٍ يُوجَد[1] هذا المَعنى، وليس بسَلَمٍ، ولو قِيل: (بيعُ آجِلٍ بعاجِلٍ): لم يَرِد شيءٌ[2].

ولا يَنعقِد بلَفظ البيعِ، وبه قال زفرُ، وعِيسى بنُ أبانَ، والشّافعيُّ في قولٍ، وفي رِواية الحَسَن: يَنعقِد، وهي الأصحُّ.

(ما) يَعني: كلُّ شيءٍ (أمكَن ضبطُ صِفَتِه ومَعرِفةُ مِقدارِه) وفي بَعض

---

(١) في (أ): لوجد. وانظر «البناية» ٨/ ٣٢٧ والشلبي ٤/ ١١٠.

(٢) قال المصنف رَحِمَهُ اللَّهُ في «البناية» ٨/ ٣٢٧: وقال الأكمل: السلم في اصطلاح الفقهاء أخذ عاجل، ورُد بأن السلعة إذ بيعت بثمن مؤجل وجد فيه هذا المعنى، وليس بسلم، ولو قيل: بيع آجل بعاجل لاندفع ذلك، وكذا قال الإترازي... وما قيل في بعض الشروح: إن السلم أخذ عاجل بآجل، لأن السلعة إذا بيعت بثمن مؤجل يوجد هذا المعنى وليس بسلم. انتهى.

قلت: في كلام الأكمل نسبة الفقهاء إلى الخطأ، وفي كلام الإترازي نسبة بعض الشراح إليه، ولا ينبغي هذا، والظاهر أنه لم يقل هذا هكذا أحد منهم، وإنما هذا وقع هكذا تحريفًا من النُّسّاخ الجهلة، فاستمر النقل على هذا التحريف، وإنما قالوا: السلم أخذ آجل بعاجل، فلا يَرِد عليه شيء. انتهى.

صحَّ السَّلَمُ فيه، وما لا: فلا.

فيَصِحُّ في: الْمَكيل، والْمَوزونِ الْمُثْمَنِ، ....

النُّسَخ: ومَعرِفةُ قَدْرِه، كمَكيلٍ، ومَوزونٍ، ومَذروعٍ (صحَّ السَّلَمُ فيه) لأنه لا يُفضِي إلى الْمُنازَعة، وقد قال عَلَيْهِ الصَّلَاةُ وَالسَّلَامُ: «مَن أَسلَم في تمرٍ فلْيُسلِمْ في كَيلٍ مَعلومٍ، ووَزنٍ معلومٍ، إلى أجَلٍ مَعلومٍ»، رَواه البُخاريُّ ومسلمٌ[1].

(وما لا) يُمكِن ضبطُ صِفَتِه ومَعرِفةُ مِقدارِه (فلا) يَصِحُّ السَّلَمُ فيه؛ لأنه يُفضِي إلى الْمُنازَعة.

ثم شَرَع يُبيِّن الفَصلَين بالفاء التَّفصيليّةِ بقَوله:

(فيَصِحُّ) السَّلَمُ (في الْمَكيل) كالبُرِّ والشَّعيرِ ونحوِهما (والْمَوزونِ) كالعَسَل والزَّيتِ ونحوِهما، وقَيَّد بقَوله: (الْمُثْمَنِ) احتِرازًا من الدَّراهِم والدَّنانيرِ، فإنها مَوزونةٌ، ولكنها غيرُ مُثْمَنةٍ، بل هي أثمانٌ، فلا يجوزُ الإسلامُ فيها؛ لأن السَّلَمَ تَعجيلُ الثَّمَن، وتَأجيلُ الْمَبيع، ولو جاز فيها انعَكَس، فإذا لم يَقَع سَلَمًا يكونُ باطِلًا عند عِيسى بنِ أبانَ، وقال الأعمَشُ: يكونُ بيعًا بثَمَنٍ مُؤجَّلٍ، والأوَّلُ أصحُّ.

وهذا الخِلافُ فيما إذا أسلَم فيهما غيرَ الأثمانِ، كالحِنطة ونحوِها، وأما إذا أسلَم فيهما الأثمانَ، كالدَّراهِم والدَّنانيرِ: فلا يجوزُ بالإجماع.

---

(١) البخاري (٢٢٤٠)، ومسلم (١٦٠٤)، كلاهما بلفظ السلف بدل السلم.

وفي العَدَديِّ الْمُتقارِبِ كالجَوز والبَيضِ، ....

ولو أسلَم في الْمَكيل وزنًا، كما إذا أسلَم في البُرِّ والشَّعيرِ بالْمِيزان.. رَوى الطَّحاويُّ عن أصحابِنا: أنه يجوزُ، ورَوى الحسَنُ: أنه لا يجوزُ، وعلى هذا الخِلافِ: لو أسلَم في الْمَوزون كَيلًا، وعند مالِكٍ: يجوزُ السَّلَمُ في الدَّراهِم والدَّنانيرِ.

(و) يَصِحُّ (في العَدَديِّ الْمُتقارِبِ، كالجَوز والبَيضِ) لأنه مَعلومٌ مَضبوطٌ مَقدورُ التَّسليمِ، ولكنه إنما يجوزُ من حيث العدِّ أو من حيث الكيلُ، وقال زفرُ: لا يجوزُ عدًّا؛ لتَفاوُت[1] آحادِه، ولنا: ما قُلنا، وما ذَكَره من التَّفاوُت مُهدَرٌ عُرفًا، وقِيل: لا خِلافَ في جَوازه عدًّا، وإنما الخِلافُ في جَوازه كيلًا.

قَيَّد بقَوله: (الْمُتقارِب): لأنه لا يَصِحُّ في العَدَديِّ الْمُتفاوِتِ، كالبِطِّيخ والرُّمّانِ، إلا عند الشّافعيِّ: يَصِحُّ وزنًا، وعند مالِكٍ وأحمدَ: يَصِحُّ مُطلَقًا.

وفي «التُّحفة»: وأما العَدَديُّ الْمُتفاوِتُ: وتَفسيرُه[2]: ما نُقِل عن أبي يوسفَ: ما اختَلَف آحادُه في القِيمة واتَّفَق أجناسُه: فلا يجوزُ السَّلَمُ فيه، وذلك كالدُّرِّ، والجَواهرِ، واللَّآلئِ، والأُدُمِ[3]، والجُلودِ، والخشَبِ، والرُّؤوسِ، والأكارِعِ، والرُّمّانِ، والبِطّيخِ، والسَّفرجَلِ،

(١) في (ج): لا يجوز هذا التفاوت.
(٢) في (هـ): المتفاوت تفسيره. وانظر الشلبي ٤/ ١١١.
(٣) الأديم: الجلد المدبوغ. «المصباح» ١/ ٩.

والفَلسِ، واللَّبِنِ، والآجُرّ إن سُمِّي مِلبَنٌ مَعلومٌ، والذَّرْعيّ كالثَّوب إن بُيِّن الذِّراعُ ....

ونحوِها، إلا إذا بَيَّن مِن جِنس الجُلودِ، والأُدُمِ، والخشَبِ، والجُذوعِ: شيئًا مَعلومًا، وطولًا مَعلومًا، وغِلَظًا مَعلومًا، وأتى بجَميع شَرائطِ السَّلَمِ، فالتَحق بالْمُتقارِب، فيجوزُ، وكذا السَّلَمُ في الجُوالِق والغَرائرِ[1].

(والفَلسِ) أي وكالفَلس؛ لأنه عدَديٌّ يُمكِن ضبطُه، فيَصِحُّ السَّلَمُ فيه، وقِيل: عند محمدٍ: لا يَصِحُّ؛ لأنه ثمنٌ ما دام يَروجُ، وبه قال مالِكٌ وأحمدُ.

(واللَّبِنِ) بكَسر الباءِ، وهو الطُّوبُ النِّيءُ (والآجُرّ) بضمّ الجيمِ، وتَشديدِ الرّاءِ، وهو: القِرْميدُ[2]، والتَّقديرُ: وكاللَّبِن والآجُرّ (إن سُمِّي مِلبَنٌ مَعلومٌ) لأن آحادَها لا تَتفاوَت إذا عُيِّنت الآلةُ، وإذا لم تُعيَّن لا يجوزُ؛ لأنه يُفضِي إلى الْمُنازَعة.

(و) يَصِحُّ السَّلَمُ أيضًا في (الذَّرْعيّ) أي الشَّيءِ الذي يُذرَع (كالثَّوب إن بُيِّن الذِّراعُ) من أيّ جِنس الذُّرعانِ.

---

(١) الجوالق: بكسر الجيم واللام، وبضم الجيم، وفتح اللام وكسرها: وعاء معروف. «القاموس المحيط» ص٨٧٢. وقد تقدم.
والغرائر: جمع غِرارة، وهي شبه العِدل، وهو الوعاء. وانظر «المصباح» ٢/ ٤٤٤.

(٢) القِرميد بالكسر: رومي، يطلق على الآجر، وعلى ما يطلى به للزينة، كالجص والزعفران والطيب وغير ذلك، وثوب مقرمد بالطيب والزعفران: أي مطلي به، وبناء مقرمد: مبني بالآجر، قيل أو الحجارة. «المصباح» ٢/ ٥٠٠.

والصِّفةُ والصَّنعةُ.

لا في الحَيَوان، وأطرافِه، والجُلودِ عدَدًا، ....

(والصِّفةُ) بأنه قُطنٌ، أو كَتّانٌ، أو مُركَّبٌ منهما، وهو الذي يُسمّى مُلحَمًا أو حَريرًا، ونحوُ ذلك.

(والصَّنعةُ) بأنه عمَلُ الشّامِ أو الرُّومِ أو نحوِهما، أو عمَلُ زيدٍ أو عمروٍ أو غيرِهما، لأنه يصيرُ مَعلومًا بذِكر هذه الأشياءِ، فلا يُؤدِّي إلى النِّزاع، وإن كان ثوبَ حَريرٍ يُباعُ بالوَزن: لا بُدَّ من بَيان وزنِه مع ذلك؛ لأنه لا يصيرُ مَعلومًا إلا به.

(لا) يَصِحُّ السَّلَمُ (في الحَيَوان) لأنه تَتفاوَت آحادُه، وقالَت الثّلاثةُ: يجوزُ؛ لأنه يُمكِن مَعرِفةُ جِنسِه، وسِنِّه، ونوعِه، ووصفِه، بأن يُقالَ: عبدٌ تُركيٌّ، أسمرُ، ابنُ سَبْعِ سنين، طَويلٌ أو قصيرٌ أو رَبْعةٌ، وفي البَعير: ثنيٌّ، أحمرُ، من نَعَم بَني فُلانٍ، غيرُ ناقِصِ الخِلقةِ.

ويُتعرَّض في الخَيل للسِّنّ، واللَّونِ، والنَّوعِ، ويُتعرَّض في الطُّيور للنَّوع، والكِبَرِ والصِّغَرِ من حيث الجُثّةُ، كذا في «وَجيز» الشّافعيّةِ.

(و) لا في (أطرافِه) كالرَّأس والأكارِعِ؛ للتَّفاوُت الفاحِشِ، ثم قِيل: هذا قولُ أبي حنيفة، وعندهما: يجوزُ، كما في اللَّحم، وقِيل: لا يجوزُ بالاتِّفاق، وقال مالِكٌ: يجوزُ عدَدًا، وبه قال أحمدُ والشّافعيُّ في قولٍ.

(و) لا في (الجُلودِ عدَدًا) أي من حيث العدَدُ؛ للتَّفاحُش فيه، وقال مالِكٌ وأحمدُ: يجوزُ، وكذا على الخِلاف في الوَرَق عدَدًا، إلا أن

والحَطَبِ حُزَمًا، والرَّطْبةِ جُرَزًا، ....

يُبيِّنَ فيهما ضربًا مَعلومًا، وطولًا، وعرضًا، وصِفةً مَعلومةً من الجَودة والرَّداءةِ، وكذا إذا كانا يُباعان وزنًا يجوزُ السَّلَمُ بالوَزن فيهما.

(و) لا في (الحَطَب) حالَ كونِه (حُزَمًا) أي مَشدودًا بشَدّاتٍ، كلُّ شَدّةٍ حُزْمةٌ، وهو بضمِّ الحاءِ، وفتحِ الزّاي، جمعُ حُزْمةٍ[1]، وفي «الجَمهَرة»: كلُّ شيءٍ جَمَعْته كالإضبارة[2] فقد حَزَمْته، ومنه سُمِّيت حُزْمةُ الحَطَب.

(و) لا في (الرَّطْبة) وهي البِرْسيمُ، سواءٌ كان رَطْبًا أو يابِسًا: لا يجوزُ، حالَ كونِه (جُرَزًا) أي مَشدودةً بشَدّاتٍ، كلُّ شَدّةٍ جُرْزةٌ، بضمِّ الجيمِ، وسُكونِ الرّاءِ، وفتحِ الزّاي، وجمعُها: جُرَزٌ، وهي بالفارِسيّة: دَسْتَه، وأما الجِزَز بكَسر الجيمِ والزّايَين الْمُعجَمتَين: فهي جمعُ جِزّةٍ[3]، وهي الصُّوفُ الْمَجزوزُ، وليس هذا مَوضِعَه.

والحالان الْمَذكوران، من الأحوال الْمُنتظَرةِ الْمُؤوَّلةِ بالاشتِقاق، فافهَم.

ولو بَيَّن الحَبلَ الذي يُشَدُّ به الحطَب[4]، أو قَيَّده[5] بالوَزن وبَيانِ الصِّفةِ

(١) كغُرْفة وغُرَف. «المصباح» ١/ ١٣٣.
(٢) عنده إضبارة من كتب.. بكسر الهمزة: أي جماعة، وهي الحزمة، والجمع أضابير، والضِّبارة بالكسر لغة، والجمع ضبائر. «المصباح» ٢/ ٣٥٧.
(٣) في (أ): جرزة.
(٤) وبَيّن طوله، وضَبَط ذلك بحيث لا يؤدي إلى النزاع: جاز. «التبيين» ٤/ ١١٢.
(٥) في سوى (ج): أو عقده.

والجَوهَرِ، والخَرَز، والْمُنقطِع، ....

والنَّوعِ: فهو جائزٌ، وكذلك في الرَّطْبة إذا بَيَّن الصِّفةَ والوزنِ: يجوزُ، فافهَم.

(و) لا في (الجَوهَر) نحوُ الياقُوتِ بأنواعِه، والبَلْخَشِ[1]، والفَيرُوزَجِ، ونحوِها، وعند مالِكٍ: يجوزُ.

(و) لا في (الخَرَز) نحوُ الجَزْع[2]، والعَقيقِ، والبِلَّورِ، ونحوِها، لأن آحادَها مُتفاوِتةٌ تَفاوُتًا فاحِشًا، وكذلك لا يجوزُ في اللآلئ الكِبارِ، ويجوزُ في صِغارها وزنًا.

(و) لا يجوزُ أيضًا في (الْمُنقطِع) لأن شرطَ جَوازِه أن يكونَ مَوجودًا من حِين العقدِ إلى حِين المحِلِّ، حتى لو كان مُنقطِعًا عند العقدِ مَوجودًا عند المحِلِّ، أو بالعَكس، أو مُنقطِعًا فيما بين ذلك: لا يجوزُ.

وحدُّ الانقِطاعِ: أن لا يُوجَدَ في الأسواق، وإن كان في البُيوت.

وقال الشّافعيُّ: يجوزُ في الْمُنقطِع إذا كان مَوجودًا عند المحِلِّ؛ لأنه مَقدورُ التَّسليمِ فيه، وبه قال مالِكٌ وأحمدُ، ولنا: أنه غيرُ مَقدورِ التَّسليمِ: لأنه يُتوهَّم موتُ الْمُسلَمِ إليه، فيَحِلُّ الأجَلُ وهو مُنقطِعٌ، فيَتضرَّر ربُّ السَّلَم، فلا يجوزُ.

---

(١) البلخش: ياقوت وردي اللون. «تكملة المعاجم العربية» ١/ ٤١٩. وتقدم.

(٢) الجَزْع بالفتح: خرز فيه بياض وسواد، الواحدة جَزْعة، مثل: تمر وتمرة. «المصباح» ١/ ٩٩.

والسَّمَك الطَّرِيّ، وصحَّ وزنًا لو مالِحًا، ....

ولو انقَطَع عن أيدِي النّاسِ بعد المحِلِّ قبل أن يُوَفَّى[1] الْمُسلَمُ فيه: فربُّ السَّلَم بالخِيار، إن شاء فَسَخ العقدَ وأَخَذ رأسَ مالِه، وإن شاء انتَظَر وُجودَه، وقال زفرُ: يَبطُل العقدُ، ويَستردُّ رأسَ مالِه.

(و) لا في (السَّمَك الطَّرِيِّ) لأنه يَنقطِع عن أيدِي النّاسِ في الشِّتاء؛ لانجِماد الْمِياهِ، حتى لو كان في بلَدٍ لا يَنقطِع فيه السَّمَكُ: جاز وَزنًا لا عدَدًا، وعن أبي حنيفة: أنه لا يجوزُ في الكِبار التي تَنقطِع[2]، كالسَّلَم في اللَّحم.

وفي «شَرح الطَّحاويِّ»: السَّلَمُ في السَّمَك لا يَخلو إما أن يكونَ طَريًّا أو مالِحًا، ولا يَخلو إما أن يُسلِمَ عدَدًا أو وزنًا، فإن أسلَم فيه عدَدًا طَرِيًّا كان أو مالِحًا: لا يجوزُ؛ لأنه مُتفاوِتٌ، وإن أسلَم فيه وزنًا، فإنه يُنظَر إن كان مَملوحًا يجوزُ، وإن كان طَرِيًّا.. إن كان العقدُ في حِينه، والأجَلُ في حِينه، ولا يَنقطِع فيما بين ذلك: فإنه يجوزُ، وإلا فلا.

(وصحَّ) السَّلَمُ (وزنًا) أي من حيث الوزنُ (لو) كان السَّمَكُ (مالِحًا) لأن المالِحَ -وهو: القَديدُ- لا يَنقطِعُ عن أيدي النّاسِ، وفي «الإيضاح»: الصَّحيحُ في الصِّغار منه: يجوزُ وَزنًا وكَيلًا، وفي الكِبار رِوايتان.

---

(1) في (هـ): يتوفى. وانظر «التبيين» ٤/ ١١٣.

(2) في (هـ): تقطع.

والَّلحمِ، ....

(و) لا يَصِحُّ أيضًا في (الَّلحم) عند أبي حنيفة، وقالا: يجوزُ إذا بيَّن جِنسَه، ونوعَه، وسِنَّه، ومَوضِعَه، وصِفتَه، وقَدْرَه، كشاةٍ خَصِيٍّ، ثَنِيٍّ، سَمينٍ من الجَنْب أو الفَخِذِ، مِائةَ رَطلٍ؛ لأنه مَوزونٌ مَضبوطُ الوصفِ، فصار كالأَلْية والشَّحمِ، بخِلاف لحمِ الطُّيورِ؛ فإنه لا يُقدَر على وَصف مَوضِعٍ منه، وبه قالَت الثَّلاثةُ، وله: أنه يَختلِفُ باختِلاف كِبَرِ العظمِ وصِغَرِه، فيُؤدِّي إلى الْمُنازَعة.

وفي مَنزوع العظمِ رِوايتان عن أبي حنيفة، في رِواية الحسَنِ بنِ زِيادٍ: يجوزُ، وفي رِواية ابنِ شُجاعٍ: لا يجوزُ؛ لأنه يَختلِف بالسِّمَن والهُزالِ.

فإن قُلتَ: الَّلحمُ مِثليٌّ أو قِيميٌّ؟

قُلتُ: قِيميٌّ عند أبي حنيفة؛ ألا تَرى إلى ما قال في «الجامِع الكَبيرِ»: لو أن رَجُلًا غَصَب من رجلٍ لَحمًا فشَواه، ثم جاء إنسانٌ واستَحقَّ ذلك: لا يَسقُط ضَمانُ الغصبِ، وكان للمَغصوب منه أن يُضمِّنَه قِيمةَ الَّلحمِ.

وقال أبُو الْمُعينِ النَّسَفيُّ في «شَرح الجامِعِ الكَبيرِ»: قولُ محمدٍ في هذه الْمَسألةِ: (كان للمَغصوب منه أن يُضمِّنَه قِيمةَ الَّلحمِ): نصٌّ على أن الَّلحمَ مَضمونٌ بالقِيمة دون الْمِثلِ، ولا تُوجَد الرِّوايةُ أنه من ذَوات القِيَم، وليس بمِثليٍّ إلا في هذا الْمَوضِع، يَعني: في «الجامِع الكَبيرِ»، ولهذا قال صاحِبُ «الفَتاوى الصُّغرى»: تَضمينُ الَّلحمِ بالْمِثل قولُهما، ثم قال:

ويمِكيالٍ أو ذِراعٍ لم يُدرَ قَدْرُه، ....

ورَأيتُ وسَطَ غصبِ «الْمُنتقى»: رَوى أبو يوسف عن أبي حنيفة: إذا استَهلَك لَحمًا، قال: عليه قِيمتُه[1].

ويُمنَع الاستِقراضُ وزنًا أيضًا، وذَكَر في «التَّتِمّة» عن اختيار شيخِ الإسلامِ عليٍّ الإسبيجابيِّ: أن اللَّحمَ مَضمونٌ بالْمِثل، واللهُ أعلمُ.

(و) لا يَصِحُّ أيضًا (بمِكيالٍ) مُعيَّنٍ لا يُعرَف قَدْرُه (أو ذِراعٍ لم يُدرَ قَدْرُه) لأنه يَحتمِل أن يَضيعَ، فيُؤدِّيَ إلى النِّزاع، بخِلاف البيعِ به حالًا، وإذا كانا مَعلومَي الْمِقدارِ يجوزُ.

ويُشترَط أن يكونَ الْمِكيالُ مما لا يَنقبِض ولا يَنبسِط، كالقِصاع مثلًا، وأما الجِرابُ[2] والزِّنبيلُ: فلا يجوزُ الكيلُ بهما، وعن أبي يوسف: الجَوازُ بقِرَب[3] الماءِ؛ للتَّعامُل.

---

(١) قال في «الدر المختار»: وفي العيني: أنه قيمي عنده مثلي عندهما. قال ابن عابدين ٥/ ٢١٣: في «البحر» عن «الظهيرية»: وإقراض اللحم عندهما يجوز كالسلم، وعنه روايتان، وهو مضمون بالقيمة في ضمان العد، وإن لو مطبوخًا إجماعًا، ولو نيئًا فكذلك، هو الصحيح. اهـ، وذكر في «الفتح» عن «الجامع الكبير» و«المنتقى»: أن اللحم مضمون بالقيمة، واختار الإسبيجابي ضمانه بالمثل، وهو الوجه، لأن جريان ربا الفضل فيه قاطع بأنه مثلي، فيفرق بين الضمان والسلم بأن المعادلة في الضمان منصوص عليها، وتمامها بالمثل، لأنه مثل صورة ومعنًى، والقيمة مثل معنًى فقط، وتمام الكلام فيه.

(٢) الجُراب: وعاء الزاد، والعامة تفتحه. «مختار الصحاح» ص٩٤.

(٣) في (هـ): الجراب يقرب. والقِرَب جمع قِربة، وهي ظروف الماء.

وبُرِّ قَريةٍ أو تمرِ نَخلةٍ مُعيَّنةٍ.

وشرطُه: بَيانُ الجنسِ، والنَّوعِ، والصِّفةِ، والقَدْرِ، والأجَلِ، ....

(و) لا يجوزُ أيضًا في (بُرِّ قَريةٍ) بعَينها (أو تمرِ نَخلةٍ[1] مُعيَّنةٍ) لاحتِمال أن تَعترِيَهما آفةٌ، فلا يُقدَرَ على تَسليمها.

(وشرطُه) أي شرطُ جَوازِ السَّلَمِ تِسعةُ أشياءَ، ذَكَر الشَّيخُ منها ثَمانيةً:

الأوَّلُ: (بَيانُ الجنسِ) كالحِنطة والتَّمرِ، وقِيل: بَيانُ الجِنسِ كقَوله: قمحٌ صَعيديٌّ أو بَحريٌّ، هذا ليس بصَحيحٍ، بل بَيانُ الجِنسِ ما ذكَرْناه، والذي ذكَره هذا القائلُ هو النَّوعُ.

(و) الثَّاني: بَيانُ (النَّوعِ) كالسَّهليّة والجَبَليّةِ في الحِنطة، والبَرْنيّ والْمَكتومِ في التَّمر.

(و) الثَّالثُ: بَيانُ (الصِّفةِ) كالجَيِّد، والرَّديء، والوَسَط.

(و) الرَّابعُ: بَيانُ (القَدْرِ) كقَوله: عشَرةُ أكرارٍ في الْمَكيلات، وعشَرةُ أرطالٍ في الْمَوزونات، وعشَرةُ أعدادٍ في الْمَعدودات.

(و) الخامِسُ: بَيانُ (الأجَلِ) كقَوله: (إلى شهرٍ) ونحوِه، وقال الشَّافعيُّ: الأجَلُ ليس بشرطٍ؛ لأنه عَلَيهِ الصَّلَاةُ وَالسَّلَامُ رَخَّص فيه مُطلَقًا، ولنا: قولُه عَلَيهِ الصَّلَاةُ وَالسَّلَامُ في آخِر الحَديثِ: «إلى أجَلٍ مَعلومٍ»[2].

---

(١) في (ج): قرية.

(٢) تقدم تخريجه.

وأقلُّه شهرٌ، وقَدْرِ رأسِ المالِ في الْمَكيل والْمَوزونِ والْمَعدودِ، ومَكانِ الإيفاءِ ....

وأما تَقديرُه: فإلى الْمُتعاقِدَين[1]، وقِيل: ثَلاثةُ أيّامٍ، رَواه الطَّحاويُّ عن أصحابِنا؛ اعتِبارًا بشَرط الخِيارِ، وقِيل: أكثَرُ من نِصف يومٍ، وعن الكَرْخيّ: أنه يُنظَر إلى مِقدار الْمُسلَمِ فيه، وإلى عُرف النّاسِ في التَّأجيل في مِثله، فإن أُجِّل فيه قَدْرَ ما يُؤجِّل النّاسُ في مِثله: جاز، وإلا فلا. والفَتوى على ما ذَكَره الشَّيخُ بقَوله:

(وأقلُّه) أي أقلُّ الأجَلِ في السَّلَم **(شهرٌ)** رُوِي ذلك عن محمدٍ؛ لأن ما دونه عاجِلٌ، والشَّهرُ وما فوقه آجِلٌ.

(و) السّادِسُ: بَيانُ **(قَدْرِ رأسِ المالِ)** إذا كان العقدُ يَتعلَّق على مِقداره، كما **(في الْمَكيل، والْمَوزونِ، والْمَعدودِ)** هذا عند أبي حنيفة، وقالا: لا يُحتاجُ إلى ذلك إذا كان مُعيَّنًا؛ لأنه صار مَعلومًا بالإشارة، كما في الثَّمَن والأُجرةِ.

وله: أن جَهالةَ قَدْرِ رأسِ المالِ قد تُفضِي إلى جَهالة الْمُسلَمِ فيه، بأن يُنفِقَ بعضَه، ثم يَجِدَ بالباقِي عيبًا، فيَرُدَّه، ولا يَتَّفِقَ له الاستِبدالُ في مَجلِس العقدِ، فيُفسَخَ العقدُ في الْمَردود، ويَبقى في غَيره، ولا يُدرى قَدْرُه، فيُفضِيَ إلى جَهالة الْمُسلَمِ فيه، فيَجِبُ التَّحرُّزُ عن مِثله.

(و) السّابعُ: بَيانُ **(مَكانِ الإيفاءِ)** أي إيفاءِ الْمُسلَمِ فيه ....

---

(١) في (ح): رأي المتعاقدين.

فيما له حَملٌ من الأشياء، وما لا حَمْلَ له يُوَفِّيه حيث شاء، وقبضُ رأسِ المالِ قبل الافتِراقِ، ....

(فيما) أي في الذي (له حَملٌ) ومُؤنةٌ (من الأشياء) عند أبي حنيفة، وقالا: ليس بشرطٍ، ويُوفِيه في مَوضِع العقدِ، كما في البَيع، وبه قالَت الثَّلاثةُ، وله: أنه قد يَعجِزُ عن أداء الْمُسلَمِ فيه، فيَتَّفِقان على الفَسخ، وقِيَمُ الأشياءِ تَختلِف باختِلاف الأماكِنِ، فإذا لم يَتعيَّن الْمَكانُ أفضى إلى الْمُنازَعة.

(وما) أي والذي (لا حَمْلَ له) كالْمِسك، والزَّعفَرانِ، وما أشبَهَهما (يُوَفِّيه) الْمُسلَمُ إليه (حيث شاء) لعَدَم الاحتِياجِ إلى بَيان مَكانِ الإيفاءِ فيه بالإجماع.

(و) الشَّرطُ الثَّامنُ: (قبضُ رأسِ المالِ قبل الافتِراقِ) أي قبل افتِراقِ الْمُتعاقِدَين؛ لأن السَّلَمَ هو أخذُ آجِلٍ بعاجِلٍ، وذلك بالقَبض قبل الافتِراقِ، كما في الصَّرف، ولا فرقَ بين أن يكونَ رأسُ المالِ مما يَتعيَّن أوْ لا، ولهذا لا يجوزُ[1] اشتِراطُ الخِيارِ فيه؛ لأنه يَمنَع تَمامَ القبضِ[2].

وكذا لا يَثبُت في الْمُسلَم فيه خِيارُ الرُّؤيةِ؛ لأنه غيرُ مُفيدٍ؛ لأنه دَينٌ في الذِّمّة، بخِلاف خِيارِ العَيبِ في رَأس المالِ وخِيارِ الرُّؤيةِ فيه؛ حيث

(١) في (ج): ولهذا يجوز. وانظر «التبيين» ٤/ ١١٧.
(٢) إذ القبض لا يَتِمُّ إلا إذا كان مبنيًا على الملك، وخِيار الشرط يمنع ثبوت الملك؛ لأنه يمنع انعقاد العقد في حق الحكم، فيمنع تمام القبض، والافتراق فيه قبل تمامه مبطل للعقد. «التبيين» ٤/ ١١٧.

....

يَثْبُتان فيه إذا كان مما يَتعيَّن بالتَّعيين، وعند مالِكٍ: لو تَرَك قبضَ رأسِ المالِ يومًا أو يَومَين: جاز؛ لأنه يُعَدُّ عاجِلًا عُرفًا.

والشَّرطُ التَّاسعُ الذي لم يَذكُره الشَّيخُ: هو القُدرةُ على تَحصيل الْمُسلَمِ فيه.

وفي «الغاية»: شَرائطُ صِحَّةِ السَّلَمِ سَبعةَ عشْرةَ، سِتَّةٌ في رَأس المالِ، وأحدَ عشَرَ في الْمُسلَم فيه..

أما الذي في رَأس المالِ:

فأحَدُها: بَيانُ الجِنسِ أنه دَراهِمُ أو دَنانيرُ، أو من سائِر الْمَوزوناتِ، كالحَديد والقُطنِ، أو من الْمَكيلات، كالحِنطة والشَّعيرِ.

الثَّاني: بَيانُ النَّوعِ أنها بُخاريَّةٌ أو سَمَرْقنديَّةٌ، إذا كان في البَلَد نُقودٌ مُختلِفةٌ.

الثَّالثُ: بَيانُ الصِّفةِ من الجَودة والرَّداءةِ والوسَطِ.

الرَّابعُ: إعلامُ قَدْرِ رأسِ المالِ، وقد مرَّ بَيانُه.

الخامِسُ: كونُ الدَّراهِمِ والدَّنانيرِ مُنْقَدةً عند أبي حنيفة، وعندهما: ليس بشرطٍ، وهذا بِناءً على مَسألةٍ أُخرى، وهو أن الْمُسلَمَ إليه[1] إذا وَجَد أكثرَ رأسِ المالِ زُيوفًا، فرَدَّه، واستَبدَل في مَجلِس الرَّدِّ: يَفسُدُ السَّلَمُ في الْمَردود عند أبي حنيفة، خِلافًا لهما، واشتِراطُ الانتِقادِ

---

(١) في (أ): المسلم فيه.

....

احترازٌ عن الفَساد في مجلس الرد، وهما لم يَشترِطاه.

والسّادسُ: تَعجيلُ رأسِ المالِ، وقبضُه قبل الافتِراقِ بأبدانِهما، سواءٌ كان رأسُ المالِ عَينًا أو دَينًا، وقال مالِكٌ: لا يُشترَط تَعجيلُه إن كان عَينًا، وإن كان دَينًا يُشترَط في قولٍ، وفي قولٍ: يجوزُ يومًا أو يَومَين، وفي الصَّرف يُشترَط قبل الافتِراقِ بأبدانِهما إجماعًا، سواءٌ كان عَينًا كالتِّبر والْمَصوغِ، أو دَينًا كالدَّراهِم والدَّنانيرِ.

وأما التي في الْمُسلَم فيه:

فأحَدُها: بَيانُ الجِنسِ.

والثّاني: بَيانُ النَّوعِ.

والثّالثُ: بَيانُ الصِّفةِ.

والرّابعُ: إعلامُ قَدْرِ الْمُسلَمِ فيه[1] أنه كُرٌّ أو قَفيزٌ بكَيلٍ مَعروفٍ عند النّاسِ.

والخامِسُ: أن لا يَشمَلَ البدَلَينِ أحدُ وَصفَي عِلّةِ رِبا الفضلِ، وهو القَدْرُ الْمُتَّفِقُ أو الجِنسُ؛ لأن حُرمةَ النَّساءِ تَتحقَّق[2] به.

والسّادسُ: أن يكونَ الْمُسلَمُ فيه مما يَتعيَّن بالتَّعيين، حتى لا يجوزُ السَّلَمُ في الدَّراهِم والدَّنانيرِ، وفي التِّبر: لا يجوزُ على قِياس كِتابِ

(١) كذا في (أ)، وانظر «تحفة الفقهاء» ٢/ ١١، وفي (ج): قدر رأس مال المسلم فيه، وفي باقي النسخ: قدر رأس المسلم فيه.

فإن أسلَم مِائتَي دِرهَمٍ في كُرِّ بُرٍّ، مِائةً دَينًا عليه ومِائةً نقدًا: ....

الصَّرفِ؛ لأنه ألحَقه بالمَضروب، ويجوزُ على قِياس رِوايةِ كِتابِ الشِّرْكةِ؛ لأنه ألحَقه بالعُروض، وهو رِوايةٌ عن أبي يوسف.

والسّابعُ: الأجَلُ.

والثّامنُ: أن لا يَنقطِعَ.

والتّاسعُ: أن يكونَ العقدُ باتًّا ليس فيه خِيارُ الشَّرطِ.

والعاشِرُ: بَيانُ مَكانِ الإيفاءِ فيما له حَملٌ ومُؤنةٌ.

والحادِي عشَرَ: كونُ المُسلَمِ فيه مَضبوطًا بالوَصف، كالأجناس الأربَعةِ: المَكيلِ، والمَوزونِ، والذَّرعيِّ، والعدَدِي المُتقارِبِ، واللهُ أعلَمُ.

(فإن أسلَم) رجلٌ إلى آخرَ (مِائتَي دِرهَم في كُرِّ بُرٍّ) والكُرُّ بضمِّ الكافِ، وتَشديدِ الرّاءِ[1]: سِتُّون قَفيزًا، والقَفيزُ[2]: ثَمانيةُ مَكاكيكَ، والمَكُّوكُ: صاعٌ ونِصفٌ، وقِيل: الكُرُّ أربَعون قَفيزًا[3]، وانتِصابُ (مِائةً) على الحال، وقولُه: (دَينًا عليه) صِفةٌ لـ (مِائة)، أي على المُسلَم إليه (ومِائةً) عطفٌ عليه، وقولُه: (نقدًا) صِفتُه، أي ومِائةً مَنقودةً.

وهذا من قَبيل قولِهم: خُذوا هذا المالَ فاقتَسِموه دِرهَمًا دِرهَمًا، أي

(١) يعدل اليوم (٥٦،١٩٧٨) ليتر.

(٢) يعدل اليوم (٩٧٦.٣٢) ليتر.

(٣) يعدل اليوم (١٢٢.٤) ليتر.

فالسَّلَمُ في الدَّينِ باطِلٌ.

ولا يَصِحُّ التَّصرُّفُ في رَأس المالِ والْمُسلَم فيه قبل القبضِ، بشِرْكةٍ أو تَولِيةٍ.

مَقسومًا بهذه القِسمةِ، وكذلك التَّقديرُ ههنا: أسلَم مِائتَي دِرهَم في كُرِّ بُرٍّ مَقسومةً بهذه القِسمةِ، أعني: مِائةٌ منها دَينٌ في ذِمّة الْمُسلَمِ إليه، ومِائةٌ نَقَدها ربُّ السَّلَم.

وفي عامّة النُّسَخ: (مِائةٌ دَينٌ عليه، ومِائةٌ نقدٌ) بالرَّفع فيهما، فوجهُه: أن يكونَ خبَرَ مُبتدإٍ مَحذوفٍ، أي منها مِائةٌ دَينٌ، ومنها مِائةٌ مَنقودةٌ.

وإذا كان كذلك (فالسَّلَمُ في) حِصّة (الدَّينِ باطِلٌ) لأنه دَينٌ بدَينٍ، وصحَّ في حِصّة النَّقد؛ لوُجود قبضِ رأسِ المالِ في الْمَجلِس بقَدْره، ولا يَشيعُ الفَسادُ، لأنه طارئٌ؛ إذ السَّلَمُ وَقَع صَحيحًا في الكلّ، ولهذا لو نَقَد مِائتَين قبل الافتِراقِ صحَّ في الكلّ، وعند زفرَ: السَّلَمُ باطِلٌ في الكلّ؛ لسَرَيان الفَسادِ، ولنا: ما بَيَّنّا.

(ولا يَصِحُّ التَّصرُّفُ) للمُسلَم إليه (في رَأس المالِ و) لا لربِّ السَّلَمِ في (الْمُسلَم فيه قبل القبضِ) أي قبل قبضِ الْمُسلَمِ إليه رأسَ المالِ، وقبل قبضِ ربِّ السَّلَمِ الْمُسلَمَ فيه (بشِرْكةٍ أو تَولِيةٍ) لأن الْمُسلَمَ فيه مَبيعٌ، والتَّصرُّفُ فيه قبل القبضِ لا يجوزُ، ولرَأس المالِ شبَهٌ بالْمَبيع، فلا يجوزُ التَّصرُّفُ قبل القبضِ، ففي التَّولِيةِ تَمليكُه بعِوَضٍ، وفي الشِّرْكة تَمليكُ بعضِه بعِوَضٍ، فلا يجوزُ.

فإن تَقايَلا السَّلَمَ: لم يَشترِ من الْمُسلَم إليه برَأس المالِ شيئًا.

ولو اشتَرى الْمُسلَمُ إليه كُرًّا، وأَمَر ربَّ السَّلَم بقَبضه قضاءً: لم يَصِحَّ،

(فإن[1] تَقايَلا) أي ربُّ السَّلَم والْمُسلَمُ إليه (السَّلَمَ) بعد عقدِه، ثم أرادَ ربُّ المالِ أن يَشترِيَ برَأس المالِ شيئًا قبل القبضِ: لا يجوزُ، وهو مَعنى قولِه: (لم يَشترِ) أي ربُّ المالِ (من الْمُسلَم إليه برَأس المالِ شيئًا) بحُكم الإقالةِ.

وقال الشّافعيُّ وزفرُ: يجوزُ قِياسًا؛ لأنه لما بَطَل السَّلَمُ بَقِي رأسُ المالِ دَينًا في ذِمّته، فيَصِحُّ الاستِبدالُ به، كسائِر الدُّيونِ، ولنا -وهو الاستِحسانُ-: قولُه عَلَيهِ الصَّلَاةُ وَالسَّلَامُ: «لا تَأخُذْ إلا سَلَمَك أو رأسَ مالِكَ»[2]، أي إلا سَلَمَك حالَ قِيامِ العقدِ، أو رأسَ مالِكَ حالَ انفِساخِه، فامتَنَع الاستِبدالُ.

(ولو اشتَرى الْمُسلَمُ إليه كُرًّا) من الحِنطة مثلًا، وكان ربُّ السَّلَم أسلَم إليه في كُرِّ حِنطةٍ (وأَمَر ربَّ السَّلَم بقَبضه) أي بقَبض الكُرِّ الذي اشتَراه ولم يَقبِضه (قضاءً) أي لأجل القَضاءِ عما عليه من الكُرِّ الْمُسلَمِ فيه (لم يَصِحَّ) لأن هنا صَفْقتين، صَفْقةً بين الْمُسلَم إليه وبين الذي اشتَراه منه، وصَفْقةً بينه وبين ربِّ السَّلَمِ، وكِلاهما شَرَط الكَيلَ فيه، فلم يُوجَد، فلا يَصِحُّ.

---

(١) في سوى (أ) و(د): وإن.

(٢) ورد بهذا اللفظ عند ابن أبي شيبة (٢٠٠٠٢) عن عبد الله بن مغفل، وورد بلفظ قريب عنده أيضًا (٢٠٠٠٦) وعند عبد الرزاق (١٤١٠٦) عن ابن عمر رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُمَا موقوفًا، وبمعناه مرفوعًا عند أبي داود (٣٤٦٨)، وابن ماجه (٢٢٨٣)، وانظر «الدراية» ٢/ ١٦٠.

وصحَّ لو قرضًا، أو أَمَره بقَبضه له ثم لنَفسه ففَعَل، ولو أَمَره أن يَكيلَه في ظَرْفه ففَعَل وهو غائِبٌ: لم يكن قَضاءً، ....

(وصحَّ لو) كان الكُرُّ (قرضًا) بأن أقرَضه كُرًّا من الحِنطة، ثم إن الْمُستقرِضَ اشتَرى كُرًّا من غَيره، وأَمَر الْمُقرِضَ بقَبضه قَضاءً لحَقِّه، فإنه يَصِحُّ وإن لم يُعِد الكَيلَ؛ لأن القرضَ إعارةٌ، فكان الْمَقبوضُ عينَ حقِّه تَقديرًا، فلم يكن استِبدالًا..

(أو أَمَره) أي أو أَمَر الْمُسلَمُ إليه ربَّ السَّلَم (بقَبضه) أي بقَبض الكُرِّ (له) أي لأجل الْمُسلَمِ إليه (ثم) بقَبْضه[1] ثانِيًا (لنَفسه) أي لنَفس ربِّ السَّلَم، بأن يُعيدَ الكَيلَ ثانِيًا (ففَعَل) أي ربُّ السَّلَم ذلك، بأن اكتالَ أوَّلًا لأجل الْمُسلَمِ إليه، ثم اكتالَ ثانِيًا لنَفسه، فإنه يَصِحُّ، ويكونُ ذلك قَضاءً لحَقِّه؛ لوُجود شرطِ الصَّفْقتَين، وهو الكَيلُ فيهما.

(ولو أَمَره) أي الْمُسلَمُ إليه، أي أمر رَبُّ السلم المسلَمَ إليه (أن يَكيلَه) أي الْمُسلَمَ فيه (في ظَرْفه) أي في ظَرْف ربِّ السَّلَم (ففَعَل) الْمُسلَمُ إليه، بأن كالَه في ظَرْفه (و) الحالُ أنه (هو) أي ربّ السَّلَم (غائِبٌ: لم يكن قَضاءً) لحَقِّه، وفي بَعض النُّسَخ: (لم يكن قبضًا)، أي لا يكونُ ذلك قبضًا لربِّ السَّلَم لحَقِّه، لأن حقَّه في الذِّمّة، ولا يَملِكه إلا بالقَبض، فلم يُصادِف أمرُه مِلكَه، فلا يَصِحُّ، فيكونُ الْمُسلَمُ إليه مُستَعيرًا للظَّرف، فجَعَل فيه مِلكَ نفسِه، كالدّائِن إذا دَفَع كِيسًا إلى الْمَدين، وأَمَره أن يَزِنَ دَينَه ويَجعَلَه فيه، فإنه لا يَصِحُّ.

---

(١) في (أ) و(هـ): يقبضه.

بخِلاف الْمَبيعِ.

ولو كان ربُّ السَّلَم حاضِرًا، وكالَه الْمُسلَمُ إليه بحَضْرته، وخَلّى بينه وبين الطَّعامِ: يصيرُ قابِضًا؛ لأن التَّخلية تَسليمٌ.

(بخِلاف الْمَبيعِ) بأن اشتَرى بُرًّا مُعيَّنًا، ودَفَع إلى البائِع ظَرفًا، وأمَره أن يَكيلَه ويَجعَلَه في الظَّرف، ففَعَل البائعُ ذلك والْمُشتَري غائِبٌ: صحّ، ويكونُ قَضاءً لحَقِّه؛ لأن الْمُشتَريَ مَلَك البُرَّ بنَفس الشِّراءِ، فيَصِحُّ أمرُه؛ لِمُصادَفته مِلكَه، فيكونُ قابِضًا بجَعْله في الظَّرف، ويكونُ البائِعُ وَكيلًا في إمساك الظَّرفِ، فيكونُ الظَّرفُ في يَد الْمُشتَري حُكمًا، فكان الواقِعُ فيه واقِعًا في يَده حُكمًا، ولهذا اكتُفِي بذلك الكَيلِ في الصَّحيح؛ ألا تَرى أنه لو أمَره بالطَّحن، أو بإلقائِه في البَحر، ففَعَل: يكونُ على الآمِر في الشِّراء، ويَتقرَّر الثَّمَنُ عليه، وفي السَّلَم على الْمَأمور؛ لما قُلنا..

فإن قُلتَ: البائِعُ لا يَصلُح أن يكونَ وَكيلًا في القَبض، حتى لو وَكَّله به نصًّا لا يَصِحُّ تَوكيلُه، ولا يكونُ قابِضًا له، فكيف يُتصوَّرُ أن يكونَ وَكيلًا له هنا؟

قُلتُ: لما صحَّ أمرُه لكَونه مالِكًا له صار وَكيلًا له ضَرورةً، وكم من شيءٍ يَثبُت ضِمنًا وإن لم يَثبُت قصدًا، وإن أمَره أن يَكيلَه ويَجعَلَه في ظَرف البائِعِ، ففَعَل: لم يَصِر قابِضًا؛ لأن الْمُشترِيَ صار مُستَعيرًا للظَّرف من البائِع، ولم يَقبِضه، فلا تَصِحُّ العارِيّةُ؛ لأنها لا تَتِمُّ بدون

ولو أَسلَم أمةً في كُرٍّ، وقُبِضت الأمةُ، فتقايَلا، فماتَت، أو ماتَت قبل الإقالةِ: بَقِي، وصحّ، وعليه قِيمتُها، وعكسُه: شِراؤُها بألفٍ.

القبضِ، فلا يكونُ الواقِعُ فيه واقِعًا في يَد الْمُشتَري، فصار كما لو أَمَره أن يكيلَه ويَجعَلَه في ناحِيةٍ من بَيت البائعِ.

(ولو أَسلَم) رجلٌ إلى رجلٍ (أمةً في كُرّ) بُرٍّ مثلًا (وقُبِضت الأمةُ) يَعني: قَبَضها الْمُسلَمُ إليه (فتقايَلا) السَّلَمَ (فماتَت) أي ثم ماتَت الأمةُ قبل أن يَقبِضَها ربُّ السَّلَم بحُكم الإقالةِ (أو ماتَت) الأمةُ (قبل الإقالةِ) ثم تَقايَلا بعد موتِها (بَقِي) التَّقايُلُ، أي الإقالةُ على حالها في الْمَسألة الأُولى (وصحّ) أي التَّقايُلُ، أي الإقالةُ بعد موتِها في الثّانية.

(و) يَجِب (عليه) أي على الْمُسلَم إليه (قِيمتُها) أي قِيمةُ الأمةِ يومَ قبضِها؛ لأن شرطَ صِحّةِ الإقالةِ بَقاءُ العقدِ، وهي تَبقى ببَقاء الْمَعقودِ عليه، والْمَعقودُ عليه في السَّلَم هو الْمُسلَمُ فيه، وهو باقٍ في ذِمّة الْمُسلَمِ إليه بعد هَلاكِ الأمةِ، فصَحَّت الإقالةُ ابتِداءً، وكذا تَبقى بعد الهَلاكِ؛ لأن البَقاءَ أسهَلُ من الابتِداء، فإذا انفَسَخ العقدُ يَجِب عليه ردُّ الجاريةِ، وقد عَجَز بمَوتها، فيَجِب عليه قِيمتُها؛ لقِيامها مَقامَها.

(وعكسُه) أي عكسُ الحُكمِ الْمَذكورِ، وفي بَعض النُّسَخ: وعكسُها، أي عكسُ مَسألةِ السَّلَمِ (شِراؤُها) أي شِراءُ الأمةِ (بألفٍ) فالحُكمُ فيها لو ماتَت الأمةُ بعد الإقالةِ قبل القبضِ: بُطلان[1] الإقالةُ.

(١) في سوى (د): بطلت.

....

ولو تَقايَلا بعد هَلاكِها ابتِداءً لا يَصِحُّ؛ لأن الْمَعقودَ عليه فيه هي الأمةُ، فلا تَصِحُّ الإقالةُ بعد هَلاكِها ابتِداءً، ولا تَبقى؛ لانعِدام المحَلِّ، فكانَت عكسَ الأوَّلِ.

بخِلاف بيعِ الْمُقايَضةِ، حيث تَصِحُّ الإقالةُ فيه ابتِداءً بعد هَلاكِ أحَدِهما، ولا تَبطُل به؛ لأن كلَّ واحِدٍ من العِوَضَين فيه مَعقودٌ عليه؛ لكَونه مَبيعًا من وجهٍ، فيَبقى العقدُ ببَقاء أحَدِهما.

والحاصِلُ: أن هذا الجِنسَ مُنقسِمٌ على أربَعة أقسامٍ:

الأوَّلُ: الإقالةُ في السَّلَم.

الثّاني: الإقالةُ في بَيع الْمُقايَضةِ.

الثّالثُ: الإقالةُ في بَيع العين[1] بالثَّمَن، وقد ذكَرْنا حُكمَ هذه الثَّلاثةِ..

والرّابعُ: الإقالةُ في الصَّرف، وحُكمُه: أنهما إذا تَقايَلا فيه بعد هَلاكِ أحدِ البدَلَين أو كِليهما، أو هَلَك البَدَلان، أو أحَدُهما بعد الإقالةِ قبل التَّرادِّ: صَحَّت الإقالةُ؛ لأن الْمَعقودَ عليه في الصَّرف ما وَجَب لكلِّ واحِدٍ منهما في ذِمّة الآخَرِ، وذلك غيرُ مُعيَّنٍ، فلا يُتصوَّر هَلاكُه، والْمَقبوضُ غيرُه، فلا يَمنَع هَلاكُه صِحّةَ الإقالةِ[2].

---

(١) في سوى (أ) و(د): العبد. وانظر «التبيين» ٤/ ١٢٢.

(٢) وهذا لأن الفسخ يَرِد على ما يَرِد عليه العقدُ، فلا يَرِد على المقبوض، ولهذا لو كان المقبوض قائمًا كان لهما أن يرُدّا غيره بعد التقايل. «التبيين» ٤/ ١٢٢.

والقولُ لِمُدَّعي الرَّداءةِ والتَّأجيلِ، لا لنافِي الوصفِ والأجَلِ.

(والقولُ لِمُدَّعي الرَّداءةِ) بأن قال هو: شرَطْنا طَعامًا رَديئًا، وقال الآخَرُ: لم نَشترِط شيئًا (و) لِمُدَّعي (التَّأجيلِ) بأن قال هو: شرَطْنا التَّأجيلَ، وقال الآخَرُ: لم نَشترِط شيئًا؛ لأنه يَدَّعي الصِّحّةَ؛ إذ السَّلَمُ لا يجوزُ إلا مُؤَجَّلًا مَوصوفًا، فكان الظّاهرُ شاهِدًا له.

(لا) أي ليس القولُ (لنافِي الوصفِ) وهو الرَّداءةُ (و) لنافِي (الأجَلِ) والأصلُ فيه: أنهما إذا اختَلَفا في الصِّحّة.. فإن خرَج كَلامُ أحَدِهما مَخرَجَ التَّعنُّتِ[1]: كان باطِلًا، وكان القولُ قولَ من يَدَّعي الصِّحّةَ، وإن خرَج مَخرَجَ الخُصومةِ[2]: فكذلك عند أبي حنيفة إن اتَّفَقا على عقدٍ واحِدٍ، وعندهما: القولُ للمُنكِر.

ثم تَفاصيلُ المَسألةِ أن نقول: لو أسلَم دَراهِمَ إلى رجلٍ في كُرِّ حِنطةٍ، فقال المُسلَمُ إليه: شرَطْنا رَديئًا، وقال ربُّ السَّلَم: (لم نَشترِط شيئًا): كان القولُ قولَ المُسلَمِ إليه؛ لأن ربَّ السَّلَم مُتعنِّتٌ في إنكارِه الصِّحّةَ، وفي عَكسه: بأن ادَّعى ربُّ السَّلَم شرْطَ الرَّديءِ، وأنكَر المُسلَمُ إليه الشَّرطَ أصلًا: كان القولُ لربِّ السَّلَمِ عند أبي حنيفة؛ لأنه يَدَّعي الصِّحّةَ، وعندهما: القولُ للمُسلَم إليه؛ لأنه مُنكِرٌ.

---

(١) قال الكمال: وهو أن ينكر ما ينفعه. اهـ، وكتب على قوله: مخرج التعنت ما نصه: لا مخرج الخصومة. اهـ. إتقاني. انتهى شلبي ٤/ ١٢٢.

(٢) قال الكمال: وهو أن ينكر ما يضره. اهـ شلبي ٤/ ١٢٢.

وصحَّ السَّلَمُ والاستِصناعُ ....

ولو قال الْمُسلَمُ إليه: لم يكن أجلٌ، وقال ربُّ السَّلَم: (له أجَلٌ): كان القولُ لربِّ السَّلَمِ عندهم؛ لأن الْمُسلَمَ إليه مُتعنِّتٌ في إنكارِه ما يَنفَعُه، وهو الأجَلُ، وهو حقٌّ له، فكان باطِلًا، وفي عَكسه، بأن ادَّعى الْمُسلَمُ إليه الأجَلَ، وأنكَر ربُّ السَّلَم: فالقولُ للمُسلَم إليه عند أبي حنيفة، وعندهما: القولُ لربِّ السَّلَمِ؛ لأنه يُنكِر حقًّا عليه[1]، وهو الأجَلُ[2]، فكان القولُ قولَه.

(وصحَّ السَّلَمُ) بالإجماع (والاستِصناعُ) خِلافًا لزفرَ رَحِمَهُ اللَّهُ والثَّلاثةِ، وهو: أن يَطلُبَ من الصّانِع أن يَصنَعَ له شيئًا بثمَنٍ مَعلومٍ، وصورتُه: ما قالَه صدرُ الإسلامِ البَزدويُّ في «مَبسوطه»، وهو أن يجيءَ إنسانٌ إلى إسكافٍ فيَقولَ له: اخرز لي خُفَّين، ويُبيِّنَ له صِفتَهما وقَدْرَهما، ويُبيِّنَ الثَّمَنَ، أو يجيءَ إلى صَفّارٍ[3] ويقولَ له: صُغ[4] لي آنِيةً من صُفرٍ، ويُبيِّنَ له قَدْرَه، وصِفتَه، وجِنسَه، ونوعَه، ويُبيِّنَ الثَّمَنَ.

ثم الاستِصناعُ على نَوعَين:

استِصناعٌ فيما ليس فيه تَعامُلٌ، وهو فاسِدٌ بالاتِّفاق، كما إذا طَلَب من

(١) أي لأن رب السلم ينكر حقًّا على نفسه، وهو الأجل، فلم يكن متعنتًا. اهـ شلبي ٤/ ١٢٣.
(٢) في (ب) و(هـ): الأصل. وانظر «التبيين» ٤/ ١٢٣.
(٣) أي نحاس.
(٤) في (أ) و(ج): اصنع.

في نَحو: خُفٍّ، وطَستٍ، وقُمقُمٍ.

الحائِك أن يَنسِجَ له ثوبًا بغَزْلٍ من عنده، أو طَلَب من الخَيّاط أن يَخيطَ له قَميصًا بكِرْباسٍ من عنده.

واستِصناعٌ فيه تَعامُلٌ، كما إذا استَصنَع (في نَحو خُفٍّ، وطَستٍ[1]، وقُمقُمٍ[2]) وغيرِ ذلك من الأواني.

أما السَّلَمُ: فلأنه يُمكِن ضبطُ صِفتِه، ومَعرِفةُ قَدْرِه، فوَجَب القولُ بجَوازه إذا اجتمَعَت شَرائِطُه فيه، وأما الاستِصناعُ: فللإجماع الثّابتِ بالتَّعامُل من لَدُن النَّبيِّ عَلَيْهِ الصَّلَاةُ وَالسَّلَامُ إلى يَومنا هذا، وهو من أقوى الحُجَج، وقد استَصنَع رَسولُ اللهِ عَلَيْهِ الصَّلَاةُ وَالسَّلَامُ خاتَمًا ومِنبَرًا[3]، والقِياسُ أن لا يجوزَ؛ لأنه بيعُ الْمَعدومِ، وبه قال زفرُ والثَّلاثةُ، ولكن تُرِك العمَلُ به بما ذكَرْناه.

ثم الصَّحيحُ أن الاستِصناعَ يجوزُ بيعًا، وقال الحاكِمُ الشَّهيدُ: إنه وعدٌ، وليس ببَيعٍ، وإنما يَنعقِد بيعًا إذا أتى به مَفروغًا بالتَّعاطِي، ولهذا يَثبُت الخِيارُ فيه لكلٍّ منهما.

والْمَعقودُ عليه هو العينُ دون العمَلِ عند الجُمهورِ، وقال أبُو سَعيدٍ

---

(١) في (د) و(هـ): وطشت.

(٢) القُمقُمة بالهاء: وعاء من نحاس، له عُروتان، يستصحبه المسافر. «المصباح» ٢/٥١٦.

(٣) اصطناع النبي صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ للخاتم: رواه البخاري (٦٦٥١)، ومسلم (٢٠٩٢)، وأما استصناعه صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ المنبر: فرواه البخاري (٤٤٨)، ومسلم (٥٤٤).

وله الخِيارُ إذا رَآه، وللصّانِع بيعُه قبل أن يَراه.
ومُؤجَّلُه سَلَمٌ.

البَرْدَعيُّ: هو العمَلُ، ولهذا يَبطُل بمَوت أحَدِهما، والأوَّلُ أصحُّ، ولهذا لا يُشترَط أن يَعمَلَه بعد العقدِ، حتى لو جاء به لا من صَنعته، أو من صَنعته قبل العقدِ، فأخَذه: جاز.

ولو باعَه الصّانعُ قبل أن يَراه الْمُستصنِعُ: جاز، وللمُستصنِع الخِيارُ، وهو لا يَثبُت إلا في العَين.

وإنما يَبطُل بمَوت أحَدِهما؛ لأن له شبَهًا بالإجارة، وفي «الفَتاوى الصُّغرى»: لا يُجبَر الصّانعُ على العَمَل، ولا الْمُستصنِعُ على إعطاء الأجرةِ، وإن شَرَط التَّعجيلَ، فإن قَبَض الصّانعُ الدَّراهِمَ مَلَكها، فيَبطُلُ لاستِصناعُ بمَوت الصّانعِ، ونَقَله عن بُيوع خَواهَرْ زادَه شمسُ الأئِمّةِ.

(وله) أي للمُستصنِع (الخِيارُ إذا رَآه) أي إذا رَأى الْمَصنوعَ؛ لأنه اشتَرى ما لم يَره، بخِلاف السَّلَم؛ لأنه دَينٌ في الذِّمّة، ولا خِيارَ للصّانِع؛ لأنه باع ما لم يَره، وعن أبي حنيفة: أنه له الخِيارُ أيضًا، وعن أبي يوسف: أنْ لا خِيارَ لواحِدٍ منهما، والصَّحيحُ أن للمُستصنِع الخِيارَ دون الصّانعِ.

(وللصّانِع بيعُه) أي بيعُ الْمَصنوعِ (قبل أن يَراه) الْمُستصنِعُ؛ لأنه لا يَتعيَّن إلا باختِيار الْمُستصنِع، فقبل أن يَراه كان له أن يَبيعَه؛ لعَدَم تَعيينِه، وإذا رَآه ورَضِي به: ليس له أن يَبيعَه؛ لأنه ثَبَت اللُّزومِ في حَقِّه.

(ومُؤجَّلُه) أي مُؤجَّلُ الاستِصناعِ (سَلَمٌ) عند أبي حنيفة، وقالا: إن

....

ضُرِب الأجَلُ فيما فيه تَعامُلٌ فهو استِصناعٌ، وإن ضُرِب فيما لا تَعامُلَ فيه فهو سَلَمٌ؛ لأنهما عَقدان مُختلِفان اسمًا وحُكمًا، فلا يَنعقِد أحَدُهما بالآخَر، وله: أنه أمكَن تَصحيحُه سَلَمًا، وأمكَن تَصحيحُه استِصناعًا، وجعلُه سَلَمًا أولى؛ لأنه عقدٌ جاءَت به السُّنّةُ، والاستِصناعُ ثَبَت باصطِلاح النّاسِ لا بالحَديث.

وفائِدةُ الخِلافِ: أنه يُشترَطُ عنده جَميعُ شَرائطِ السَّلَمِ، كقَبض رأسِ المالِ قبل الافتِراقِ وغيرِه.

ثم الْمُرادُ ما يَصلُح أن يكون أجَلًا في السَّلَم، وقد بيّنّا قَدْرَه فيما مَضى، وإن لم يَصلُح فهو استِصناعٌ إن جَرى فيه التَّعامُلُ، وإلا ففاسِدٌ.

وهذا إذا ذُكِر الأجَلُ على سَبيل الاستِمهالِ، وإن ذَكَره على وَجه الاستِعجالِ، بأن قال: (على أن تَفرُغَ عنه غدًا أو بعد غدٍ): يكونُ استِصناعًا؛ لأنه للفَراغ لا لتَأخير الْمُطالَبةِ.

وقِيل: إن ذُكِر أدنى مُدّةٍ يُتمكَّن فيها من العَمَل فهو استِصناعٌ، وإن كان أكثرَ من ذلك فهو سَلَمٌ، وعن[1] الهِندُوانيّ: إنَّ ذِكرَ الأجَلِ إن كان من قِبَل الْمُستصنِعِ فهو للاستِعجال، فلا يَصيرُ سَلَمًا، وإن كان من قبل الصّانعِ فهو للاستِمهال، فيكونُ سَلَمًا.

---

(١) في (ج): وعند.

مَسائِلُ مُتفرِّقةٌ

صحَّ بيعُ الكلبِ، ....

هذه (مَسائِلُ مُتفرِّقةٌ) من أبوابٍ شتّى

(صحَّ بيعُ الكلبِ) لأنه مالٌ مُتقوَّمٌ، آلةٌ للاصطِياد كالبازِي، وعند الشّافعيّ: لا يجوزُ بيعُه أصلًا؛ لنَهيه عَلَيْهِ الصَّلَاةُ وَالسَّلَامُ عن بَيع الكلبِ[1]، وبه قال أحمدُ، ولنا: ما رُوِي أن النَّبيَّ عَلَيْهِ الصَّلَاةُ وَالسَّلَامُ نَهى عن بَيع الكلبِ إلا كلبَ صيدٍ أو ماشِيةٍ، رَواه الدّارَقُطنيُّ[2]، وفي رِوايةٍ:

(١) روى البخاري (٢٢٣٧) ومسلم (١٥٦٧) عن أبي مسعود الأنصاري رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ: أن رسول الله صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ نهى عن ثمن الكلب، ومهر البغي، وحلوان الكاهن.

(٢) قال في «نصب الراية» ٤/ ٥٣: غريب بهذا اللفظ، وأخرج الترمذي (١٢٨١) عن أبي المهزم يزيد بن سفيان عن أبي هريرة، قال: نهى عن ثمن الكلب إلا كلب الصيد. انتهى، وقال: لا يصح من هذا الوجه، وأبو المهزم تكلم فيه شعبة، وقد روي عن جابر مرفوعًا نحو هذا، ولا يصح إسناده أيضًا. انتهى.

وحديث جابر هذا الذي أشار إليه أخرجه النسائي (٤٦٦٨) عن حجاج بن محمد عن حماد بن سلمة عن أبي الزبير عن جابر أن النبي صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ نهى عن ثمن الكلب والسنور إلا كلب صيد. انتهى، وقال: حديث منكر، وقال مرة: ليس بصحيح. انتهى.

وأخرجه الدارقطني (٣٠٦٥) عن الحسن بن أبي جعفر عن أبي الزبير به (قلت: المستثنى المذكور من هذا الطريق هو الكلب المعلَّم، أما كلب الصيد فمن طريق عبيد الله بن موسى عن حماد بن سلمة عن أبي الزبير ورقمه ٣٠٦٧).

وأخرجه البيهقي (١١٠١٢) عن عبد الواحد بن غياث ثنا حماد ثنا أبو الزبير عن جابر، قال: نهى عن ثمن الكلب والسنور إلا كلب صيد، قال البيهقي: هكذا رواه عبد الواحد، وسويد بن عمرو عن حماد، ولم يذكر النبي صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ، =

إلا كلبَ الضَّارِي[1] والمُعلَّمَ[2]، وما رَواه مَحمولٌ على ابتِداء الإسلامِ حِين كان عَلَيْهِ الصَّلَاةُ وَالسَّلَامُ أَمَر بقَتل الكِلابِ[3].

ولا فرقَ في ذلك بين جَميعِ أنواعِ الكِلابِ المُعلَّمِ وغيرِ المُعلَّمِ.

وشَرَط شمسُ الأئِمّةِ لجَواز بيعِ الكلبِ أن يكونَ مُعلَّمًا أو قابِلًا للتَّعليم.

= ورواه عبيد الله بن موسى عن حماد بالشك في ذكر النبي صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ فيه، ورواه الهيثم بن جميل عن حماد، وقال فيه: نهى رسول الله صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ، ورواه الحسن ابن أبي جعفر عن أبي الزبير عن جابر عن النبي صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ، وليس بالقوي، والأحاديث الصحيحة عن النبي صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ في النهي عن ثمن الكلب خالية عن هذا الاستثناء، وإنما الاستثناء في أحاديث النهي عن الاقتناء، فلعله شبه على من ذكر في حديث النهي عن ثمنه من الرواة الذين هم دون الصحابة والتابعين. انتهى كلامه.

حديث آخر: رواه أبو حنيفة رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ في «مسنده» (٣٤١) عن الهيثم عن عكرمة عن ابن عباس قال: أرخص رسول الله صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ في ثمن كلب الصيد. انتهى، وهذا سند جيد، فإن الهيثم ذكره ابن حبان في «الثقات» من أثبات التابعين، ورواه ابن عدي في الكامل (١/ ٣٢٠) حدثنا أحمد بن علي المدائني ثنا أبو علي أحمد بن عبد الله الكندي ثنا علي بن معبد ثنا محمد بن الحسن عن أبي حنيفة عن الهيثم به، أن النبي صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ رخص في ثمن كلب الصيد. انتهى. وأعله بأبي علي الكندي، وهو المعروف باللجلاج، قال: وله أشياء ينفرد بها من طريق أبي حنيفة. انتهى، وقال ابن القطان: اللجلاج لم تثبت عدالته، وقد حدث بأحاديث كثيرة لأبي حنيفة كلها مناكير لا تعرف. انتهى.

(١) في (أ) و(ج): الغازي. وروايته عند الدارقطني (٣٠٦٤) و(٣٠٦٦).

(٢) رواه الدارقطني (٣٠٦٥).

(٣) الامر بقتل الكلاب رواه البخاري (٣٣٢٣)، ومسلم (١٥٧٠).

والفهدِ، والسِّباعِ، والطُّيورِ.

وعن أبي يوسف: لا يَصِحُّ بيعُ الكلبِ العَقورِ؛ لأنه لا يُنتفَعُ به، فصار كالهَوامِّ الْمُؤذيةِ.

وإذا أتلَف رجلٌ كلبَ رجلٍ يَضمَن عندنا قِيمتَه، خِلافًا للشّافعيّ.

(و) صحَّ بيعُ (الفهدِ والسِّباعِ والطُّيورِ) لأنها حَيَوانٌ يجوزُ الانتِفاعُ بها شرعًا.

وكذا يَصِحُّ بيعُ الفيلِ؛ لأنه يُنتفَع به حَملًا ورُكوبًا.

وفي بَيع القِردِ رِوايتان عن أبي حنيفة، في رِواية الحَسَن عنه: يجوزُ؛ لأنه يُمكِن الانتِفاعُ بجِلده، وفي رِواية أبي يوسف عنه: لا يجوزُ؛ لأنه للتَّلهِّي، وهو مَحظورٌ، والصَّحيحُ الأوَّلُ.

وبيعُ الهِرِّ جائزٌ؛ لأنه يُنتفَع به.

وكلُّ ذي نابٍ من السِّباع، وذي مِخلَبٍ من الطَّير: يجوزُ بيعُه؛ لما ذكَرْنا، إلا الخِنزيرَ، فإنه نَجِسُ العَين، فلا يجوزُ الانتِفاعُ به، فلا يجوزُ بيعُه، وعن أبي حنيفة: لا يجوزُ بيعُ الأسَدِ الكَبيرِ، ويجوزُ بيعُ الجَرْوِ عند بعضِ أصحابِنا.

ونَقَل في بُيوعِ «الأجناسِ» عن كِتاب «الجنايات» للحَسَن بنِ زِيادٍ: لا يَنبَغي لأحدٍ أن يَتَّخِذَ كلبًا في دارِه، إلا أن يَخافَ من لُصوصٍ أو غيرِهم، فلا بأسَ بأن يَتَّخِذَه، وكذلك الأسَدُ، والفهدُ، والضَّبُعُ، وجَميعُ السِّباعِ بمَنزِلة الكلبِ في جَميع ذلك.

والذِّمِّيُّ كالْمُسلِمِ في بَيعِ غيرِ الخمرِ والخِنزيرِ.

ولو قال: بِع عبدَك من زيدٍ بألف على أنِّي ضامِنٌ لك مِائةً ....

(والذِّمِّيُّ كالْمُسلِمِ في بَيعِ غيرِ الخمرِ[1] والخِنزيرِ) لقَوله عَلَيهِ الصَّلَاةُ وَالسَّلَامُ: «فأعلِمْهم أن لهم ما للمُسلِمين»[2]، فكلُّ ما جاز لنا من البِياعات، كالصَّرف والسَّلَمِ ونحوِهما من أنواع التَّصرُّفاتِ: جاز لهم، وما لا يجوزُ من رِبًا وغيرِه لا يجوزُ لهم، إلا في الخَمر والخِنزيرِ، فإنَّ عقدَهم فيهما كعَقد الْمُسلِمين على العَصير والشّاةِ؛ لأنهما أعزُّ الأموالِ عندهم، وقد أُمِرنا بتَركهم وما يَدينون.

(ولو قال) شخصٌ لغَيره (بِع عبدَك من زيدٍ) مثلًا (بألف) دِرهَمٍ (على أنِّي ضامِنٌ لك مِائة) دِرهَمٍ ....

(١) في (أ): في بيع الخمر والخنزير.

(٢) رواه النسائي في «الكبرى» (٨٦٢٧) ولفظه: «وإذا لقيت عدوك من المشركين فادعهم إلى إحدى ثلاث، فإن أجابوك إليها فاقبل منهم، وكف عنهم: ادعهم إلى الإسلام، فإن فعلوا فأخبرهم أن لهم ما للمسلمين، وأن عليهم ما على المسلمين، ثم ادعهم إلى التحول من دارهم إلى دار المهاجرين...».
وروى الإمام أحمد (١٣٠٥٦)، وأبو داود (٢٦٤١)، والترمذي (٢٦٠٨)، والنسائي (٣٩٧٦)، واللفظ لأبي داود: عن أنسٍ قال: قال رسول الله صَلَّى اللهُ عَلَيهِ وَسَلَّمَ: «أُمرت أن أقاتل الناس حتى يشهدوا أن لا إله إلا الله، وأن محمدًا عبده ورسوله، وأن يستقبلوا قبلتنا، وأن يأكلوا ذبيحتنا، وأن يصلوا صلاتنا، فإذا فعلوا ذلك حرمت علينا دماؤهم وأموالهم، إلا بحقها: لهم ما للمسلمين، وعليهم ما على المسلمين». قلت: لعل هذه الأحاديث تشير إلى من أسلم لا إلى الذميين، فيستشهد لقضية الذميين بما رواه البيهقي (١٥٩٤٣) عن سيدنا عليٍّ رَضِيَ اللهُ عَنهُ: من كان له ذمتنا فدمه كدمنا، وديته كديتنا. والله أعلم.

سِوى الألفِ، فباع: صحَّ بألف، وبَطَل الضَّمانُ، وإن زاد من الثَّمَن: فالألْفُ على زيدٍ، والْمِائةُ على الضّامِن.

(سِوى الألفِ) الثَّمَنِ (فباع) الرَّجُلُ عبدَه بهذا الشَّرطِ (صحَّ) البيعُ (بألف) دِرهَمٍ (وبَطَل الضَّمانُ) بالْمِائة؛ لأنها ليسَت من الثَّمَن، بل هو التِزامٌ للمال ابتِداءً، وهو رِشوةٌ لأن يَبيعَه[1]، وهي حَرامٌ، فلا يَصِحُّ.

(وإن زاد) هذا القائِلُ كَلِمةَ (من الثَّمَن) بأن قال لغَيره: بِع عبدَك من زيدٍ مثلًا بألفٍ على أنّي ضامِنٌ لك مائةً من الثَّمَن سِوى الألفِ: صحَّ البيعُ (فالألْفُ) تَجِب (على زيدٍ، والْمِائةُ) تَجِب (على الضّامِن) لأن الزِّيادةَ كما تجوزُ من الْمُشتَري -وإن لم يُسلَّم بمُقابَلتها شيءٌ- تجوزُ من الأجنَبيّ إذا لم يُسلَّم له شيءٌ، فصار كبَدَل الخُلعِ، حيث يجوزُ اشتِراطُه على الأجنَبيّ، كما يجوزُ اشتِراطُه على الْمَرأة؛ إذ لا يُسلَّم لهما شيءٌ لِمُقابَلة البَدَل.

لكنْ مِن شَرْط صِحّةِ الزِّيادةِ الْمُقابَلةُ صورةً، فإذا قال: (من الثَّمَن) فقد وُجِد شرطُها، فيَصِحُّ، وإذا لم يَقُل لم يُوجَد، فلا يَصِحُّ، وعند زفرَ والشّافعيّ: لا تجوزُ الزِّيادةُ أصلًا، ولا تَلزَمُه، وقد مرَّ أصلُ هذا.

ثم إذا جازَت الزِّيادةُ من الأجنَبيّ لا يَرجِع بها على الْمُشتَري، ولا تَظهَر في حقّ البائعِ وفي حقّ الشَّفيعِ والْمُرابَحةِ، حتى إذا أَخَذ البائعُ الألفَ من الْمُشتَري لا يَحبِس الْمَبيعَ لأجل الْمِائةِ، ويُرابِحُ على

---

(١) في (أ): لأن بيعه، وفي (هـ): وهو رشوة وليس له أن يبيعه. وفي «التبيين» ٤/ ١٢٧: وهو رشوة؛ لأنه يبيعه، وهو حرام.

ووطءُ زوجِ الْمُشتَراةِ: قبضٌ، ....

الألف؛ لأنه قام عليه به، ويَأخُذُ الشَّفيعُ بالألف.

ولو تَقايَلا فللأجنَبيِّ أن يَستردَّ الزِّيادةَ؛ لأنها من الثَّمَن، وفي قِياس قولِ أبي يوسف: لا يَستردُّ؛ لأن الإقالةَ عنده بيعٌ جَديدٌ، وكذا لو رَدَّه بعَيبٍ بغَير قَضاءٍ، وإن كان بقَضاءٍ يَستردُّ؛ لكَونه فسخًا بالإجماع.

ولو ضَمِن الزِّيادةَ بأمر الْمُشتَري ظَهَرت في حقِّ الكلِّ، حتى يَرجِعُ الضّامِنُ بها على الْمُشتَري، ويُرابِحُ عليها وعلى الألف، ولا يُطالِبُ الْمُشتريَ بالزِّيادة، وإن كان بأمره، ولو رَدَّه بعَيبٍ، أو تَقايَلا: رَدَّ الزِّيادةَ على الضّامِن فقط؛ لأنه أَخَذها منه دون الْمُشتَري.

وهذا كلُّه فيما إذا كانَت الزِّيادةُ في العَقد، وأما إذا زاد الأجنَبيُّ بعد العقدِ: فإنه لا يجوزُ إلا بإجازةِ الْمُشتَري، أو يُعطِي الزِّيادةَ من عنده، أو يَضمَنُها، أو يُضيفُها إلى نَفسه، وإن زادَه بأمر الْمُشتَري جاز، ولا يَلزَمه شيءٌ، والمالُ لازِمٌ للمُشتَري.

(ووطءُ زوجِ) الأمةِ (الْمُشتَراةِ قبضٌ) للأمة، صورتُه: اشتَرى أمةً، وزَوَّجها الْمُشتَري قبل القبضِ: صحَّ النِّكاحُ؛ لوُجود الْمِلكِ في الرَّقَبة على الكَمال، بخِلاف البيعِ؛ حيث لا يجوزُ، فإذا جاز النِّكاحُ.. فإن وَطِئها: كان قابِضًا[1] لها؛ لأن الوطءَ من الزَّوج حَصَل بتَسليط الْمُشتَري، فصار مَنسوبًا إليه، كأنه فَعَله بنَفسه، وإن لم يَطَأها: لا يكونُ قبضًا، وهو مَعنى قولِه:

(١) في (أ) و(د): قبضًا.

لا عقدُه.

ومَن اشتَرى عبدًا، فغاب، فبَرْهَن البائعُ على بَيعه، وغَيبتُه مَعروفةٌ: لم يُبَع لدَين البائعِ، وإلا بِيعَ لدَينه.

(لا عقدُه) يَعني: ليس عقدُ زوجِ الأمةِ الْمُشتَراةِ بقبضٍ؛ لأنه لم يَتَّصِل بها من الْمُشتَري فِعلٌ يُوجِب نقصًا في الذّات، وإن كان القِياسُ أن يكونَ قبضًا بنَفس التَّزوُّجِ؛ لأنه تَعيُّبٌ حُكميٌّ، بخِلاف التَّدبيرِ والإعتاقِ؛ لأن الماليَّةَ قد تَلِفت به بثُبوت حَقيقةِ الحُرِّيَّةِ أو حقِّه، ومن ضَرورته يَصيرُ قابِضًا.

(ومَن اشتَرى عبدًا، فغاب) أي الْمُشتَري قبل القبضِ (فبَرْهَن البائِعُ) أي أقامَ بَيِّنةً (على بَيعه) أي على أنه باع هذا العبدَ من فُلانٍ، وأنه غاب قبل أن يَنقُدَ الثَّمَنَ (و) الحالُ أن (غَيبتَه مَعروفةٌ) وطَلَب من القاضِي أن يَبيعَه بدَينه (لم يُبَع) العبدُ، أي لم يَبِعه القاضِي (لدَين البائعِ) لأنه يُتوصَّل إلى حقِّه بالذَّهاب إليه، فلا حاجةَ إلى بَيعه؛ لأن فيه إبطالَ حقِّ الْمُشتَري في العَين.

(وإلا) أي وإن لم تكن غَيبتُه مَعروفةً، بأن لم يُدرَ أين هو (بِيعَ) العبدُ، أي باعَه القاضِي (لدَينه) أي لدَين البائعِ؛ لأن القاضِيَ نُصِّب ناظِرًا للعاجِزين، ونَظَرهما[1] في بَيعه؛ لأن البائِعَ يَصِل به إلى حقِّه، والْمُشتَرِيَ تَبرَأُ ذِمّتُه من دَينه ومن تَراكُم نَفَقتِه.

فإن قُلتَ: القَضاءُ على الغائِب لا يجوزُ.

---

(١) في (ج): ونظره.

ولو غاب أحدُ الْمُشتَرِيَينِ: للحاضِر دفعُ كلِّ الثَّمَنِ وقبضُه، وحبسُه حتى يَنقُدَ شَريكُه.

قُلتُ: ليست بَيِّنَةُ البائعِ هنا للقَضاء على الغائِب، وإنما هي لنَفْي التُّهَمةِ وانكِشافِ الحالِ.

فإن قُلتَ: هذا بيعٌ قبل القبضِ، وهو غيرُ جائزٍ، فكيف يُباعُ؟

قُلتُ: ليس هذا البيعُ بمَقصودٍ هنا؛ لأن الْمَقصودَ إحياءُ حقِّه، وفي ضِمنه يَصِحُّ بيعُه، والشَّيءُ قد يَصِحُّ ضِمنًا وإن لم يَصِحَّ قصدًا، وقِيل: يُوكِّل القاضِي من يَقبِضُه ثم يَبيعُه، وفيه نظَرٌ؛ لما فيه من إبطال يدِ البائعِ قبل إيفاءِ الثَّمَنِ.

ثم إذا بِيعَ وأُوفِيَ ثمَنُه.. فإن فَضَل شيءٌ من دَينه: يُمسَك للمُشتَري الغائبِ؛ لأنه بدَلُ مِلكِه، وإن لم يَفِ بالدين وبقي شيءٌ منه، تَبِعَ البائعَ إذا ظَفِر به.

(ولو غاب أحدُ الْمُشتَرِيَينِ) بأن اشتَرَيا شيئًا، فغاب أحَدُهما قبل القبضِ: يجوزُ (للحاضِر دفعُ كلِّ الثَّمَنِ وقبضُه) أي قبضُ الْمَبيعِ كلِّه (و) له أيضًا (حبسُه) أي حبسُ الْمَبيعِ عن شَريكه إذا حَضَر (حتى يَنقُدَ شَريكُه) الثَّمَنَ عندهما، وقال أبو يوسف: إذا نَقَد الحاضِرُ الثَّمَنَ لا يَأخُذُ إلا نَصيبَه بطَريق الْمُهايأةِ[1]، وكان مُتبرِّعًا فيما أدّى عن صاحِبه.

والخِلافُ في مَواضِعَ:

---

(١) المهايأة: قسمة المنافع، وقد مرت.

....

أَحَدُها: في قَبض جَميعِ الْمَبيعِ على تَقدير إيفاءِ الثَّمَنِ كلِّه.

والثّاني: في حَبس نَصيبِ الغائبِ عنه إذا حَضَر.

والثّالثُ: في الرُّجوع عليه بما أدّى.

والرّابعُ: في إجبار البائعِ على قَبول ما أدّاه الحاضِرُ من نَصيب الغائبِ، عندهما: يُجبَر، وعنده: لا.

والخامِسُ: في إجبار البائعِ على تَسليم نَصيبِ الغائبِ من الْمَبيع إلى الحاضِر عند إيفاءِ الثَّمَنِ كلِّه، فعندهما: يُجبَر، وعنده[1]: لا.

لأبي يوسف: أن الحاضِرَ قَضى دَينًا على الغائِب بغَير أمرِه، فكان مُتبرِّعًا فيه، ولا جبرَ على الْمُتبرِّع، ولا رُجوعَ في التَّبرُّعات، وهو أجنَبيٌّ عن نَصيبه[2]، فلا يَقبِضه، ولهذا لو كان حاضِرًا يكونُ مُتبرِّعًا بالإجماع.

ولهما: أن الحاضِرَ مُضطَرٌّ إلى أداء كلِّ الثَّمَنِ؛ لأن للبائِع حقَّ حبسِ كلِّ الْمَبيعِ إلى أن يَستوفِيَ كلَّ الثَّمَن، فلا يكونُ مُتبرِّعًا مع الاضطِرارِ[3]، فافهَم.

---

(١) في (أ): وعند أبي يوسف.

(٢) أي لأنه ليس بوكيل عنه اهـ. شلبي ٤/١٢٩.

(٣) أي إلى قضاء نصيب شريكه ليصل إلى الانتفاع بنصيبه، فصار كمعير الرهن وصاحبِ العلو، والوكيلِ بالشراء إذا أدى الثمن من ماله، وإنما اختلف بين حضرته وغيبته: لأنه كالوكيل عن صاحبه من وجه، من حيث إن ملك الغائب يثبت بقبول الحاضر؛ لأن من باع شيئًا من شخصين لا يثبت الملك لكل واحد منهما إلا بقبول الآخر، وليس بوكيل من وجه، من حيث إن كل واحد منهما لا يطالب بما يخص صاحبه من الثمن، فأشبه =

ومَن باع أمةً بألف مِثقالِ ذهَبٍ وفِضّةٍ: فهما نِصفان.

(ومَن باع أمةً بألف مِثقالِ ذهَبٍ وفِضّةٍ: فهما) أي الذَّهَبُ والفِضّةُ (نِصفان) يَعني: يَجِب خَمسُمائةِ مِثقالِ ذهَبٍ، وخَمسُمائةِ مِثقالِ فِضّةٍ؛ لأنه أضافَ المِثقالَ إليهما على السَّواء، فيَجِب من كلٍّ واحدٍ نِصفٌ[1]؛ لعَدَم الأولَويّةِ.

بخِلاف ما إذا اشتَرى جارِيةً بألفٍ من الذَّهَب والفِضّةِ؛ حيث يَجِب من الذَّهَب مَثاقيلُ، ومن الفِضّة دَراهِمُ: لأنه أضافَ الألفَ إليهما، فيَنصرِفُ إلى الوَزن المَعهودِ من كلٍّ منهما.

وعلى هذا: لو قال: له عليَّ كُرُّ حِنطةٍ، وشَعيرٍ، وسِمسِمٍ: يَجِب عليه من كلِّ جِنسٍ ثُلُثُ الكُرِّ.

وهذا قاعِدتُه في المُعامَلات كلِّها، كالمَهر، والوَصِيّةِ، والوَديعةِ، والغصبِ، والإجارةِ، وبدَلِ الخُلعِ وغيرِه، في المَوزون، والمَكيلِ، والمَعدودِ، والمَذروعِ.

= الأجنبي، والأصل: أن الشيء متى تردد بين شيئين توفر عليه حظهما، فلشبهه بالأجنبي يكون متبرعًا عند حضوره، ولشبهه بالوكيل يكون مضطرًا عند غيبته، وهذا أولى من العكس؛ لأنه في حالة الحضرة يمكنه أن يخاصمه إلى الحكام، فلا يكون مضطرًا وفي حال غيبته لا يمكنه فجعل مضطرًا فيرجع بالثمن ويحبس المبيع به كالوكيل، بخلاف ما استشهد به من الوكيل وغيره؛ لأنه مضطر محض، وليس بمتردد بين شيئين، فلا يختلف حكمه. «التبيين» ٤/ ١٢٩.

(١) في (ج): نصفه.

وإن قُضِي زَيفٌ عن جَيِّدٍ، وتَلِف: فهو قضاءٌ.

وإن أَفرَخ طيرٌ، أو باض، أو تكنَّس ظبيٌ، في أَرض رجلٍ: فهو لمن أَخَذه.

(وإن قُضِي زَيفٌ) وهو: ما يَرُدُّه بيتُ المالِ ويَأخُذُه التُّجّارُ (عن جَيِّدٍ) بأن كان له دَراهِمُ جِيادٌ على رجلٍ، فقَضاه زُيوفًا، وهو لا يَدري (وتَلِف) أي الزَّيفُ عنده، بأن هَلَك، أو أَنفَقه، ثم عَلِم بالعَيب (فهو قضاءٌ) لحَقِّه، فلا يكونُ له غيرُه عندهما.

وقال أبو يوسف: يَرُدُّ مِثلَ زُيوفِه، ويَرجِعُ بالجِياد؛ لأن حقَّه يُراعى من حيث الوصفُ، كما يُراعى من حيث القَدْرُ، إلا أنه لما تَعذَّر عليه الرُّجوعُ بالجَودة رَدَّ مِثلَ الْمَقبوضِ، ويَرجِعُ بالجِياد.

ولهما: أن الْمَقبوضَ من جِنس حقِّه، حتى لو تُجُوِّز به في الصَّرف والسَّلَمِ جاز، ولكن لم يَبقَ له إلا الجَودةُ، وهي لا قِيمةَ لها عند الْمُقابَلةِ بالجِنس.

(وإن أَفرَخ طيرٌ) أي أخرَج فرخَه من بَيضه في أَرض رجلٍ (أو باض) طيرٌ في أَرض رجلٍ (أو تكنَّس ظبيٌ) أي استَتَر (في أَرض رجلٍ) ومَعناه في الأصل: دَخَل في الكِناس، وهو مَوضِعُ الظَّبي، ويُروى: (تَكسَّر)، أي تَكسَّر رِجلُه، وإنما قَيَّد به: لأنه لو كَسَره أحدٌ لكان له (فهو) أي الْمَذكورُ من الفَرخ والبيضِ والظَّبيِ (لمن أَخَذه) لأنه مُباحٌ سَبَقت يدُه إليه.

هذا إذا لم تكن أرضُه مُهيَّأةً لذلك، فإن كانَت مُهيَّأةً للاصطِياد: فهو له؛ ألا تَرى أن من نَصَب شَبَكةً للجَفاف، فتَعلَّق بها صيدٌ، أو حَفَر بِئرًا للماء،

ما يَبْطُلُ بالشَّرط الفاسِدِ، ولا يَصِحُّ تَعليقُه بالشَّرط: البيعُ، ....

فوَقَع فيها صيدٌ: لا يَملِكه، ولا يَجِب عليه الجَزاءُ إن كان مُحرِمًا، وإن قَصَد به الاصطِياد مَلَكه، ووَجَب عليه الجَزاءُ إن كان مُحرِمًا.

وعلى هذا التَّفصيلِ: لو دَخَل صيدٌ دارَه، أو وَقَع ما نُثِر من الدَّراهِم وغيرِها في ثِيابه، بخِلاف مُعسَّلِ النَّحلِ في أرضه؛ حيث يَملِكه، وإن لم تكن أرضُه مُعَدَّةً لذلك؛ لأنه من أنزال[1] الأرضِ، حتى يَملِكُه تبَعًا لها، كالأشجار النَّابتةِ فيها، والتُّرابِ المُجتمِعِ فيها بجَرَيان الماءِ، وإن لم تكن مُعَدَّةً.

وفي «الغاية»: لو أن رجلًا وَضَع صوفًا على ظَهر البيتِ، فجاء المطَرُ فابتَلّ، ثم إن رجلًا عَصَره وأخرَج منه الماءَ، هل له أن يَستَرِدَّ؟ قال: إن كان وَضَعه لأجل ماءِ المطَرِ فله أن يَستَرِدَّ منه، وإن كان وَضَعه لغَيره لم يكن له أن يَستَرِدَّه.

وفي «العُيون»: لو أن صيدًا دَخَل دارَ رجلٍ، فأغلَق عليه البابَ.. فإن كان يَقدِر على أخذِه بغَير صيدٍ: فقد مَلَكه، ولو أنه أغلَق البابَ ولم يُرِد به الصَّيدَ، ولم يَعلَم به: فلا يَملِكه، فإذا خَرَج منه فهو لمن أخَذه.

(ما) أي الذي (يَبطُلُ بالشَّرط الفاسِدِ، ولا يَصِحُّ تَعليقُه بالشَّرط) أربَعةَ عشَرَ شيئًا على ما ذَكَره الشَّيخُ:

الأوَّلُ: (البيعُ) فيما إذا باع عبدًا وشَرَط استِخدامَه شهرًا، أو باع دارًا

(١) أنزال الأرض: ريعُها وما يُحصَّل منها. «المغرب» ص٤٦١.

والقِسمةُ، والإجارةُ، والإجازةُ، ....

على أن يَسكُنَها شهرًا: فالبيعُ فاسِدٌ، كما مرّ.

(و) الثّاني: (القِسمةُ) بأن كان للمَيْت دَينٌ على النّاس، فاقتَسَموا التَّرِكةَ من الدَّين والعينِ، وشَرَطوا أن يكونَ الدَّينُ لأحَدهم، والعَينُ للباقِين، فهذا فاسِدٌ.

وصورةُ تَعليقِها بالشَّرط: بأن اقتَسَموا الدّارَ[1] وشَرَطوا فيها رِضا فُلانٍ، فهذا فاسِدٌ أيضًا؛ لأن القِسمةَ فيها مَعنى الْمُبادَلةِ، فصار كالبَيع، فيَفسُدُ بالشَّرط الفاسِدِ[2].

(و) الثّالثُ: (الإجارةُ) بأن آجَرَ دارَه بشَرط أن يُقرِضَه الْمُستأجِرُ أو يُهدِيَ إليه، أو آجَرَه إيّاها إن قَدِم زيدٌ.

(و) الرّابعُ: (الإجازةُ) بالزّاي الْمُعجَمةِ، بأن باع فُضوليٌّ عبدًا[3]، فقال: أجَزْتُه بشَرط أن يُقرِضَني أو يُهدِيَ إليّ، أو عَلَّق إجازتَه بشرطٍ؛ لأن الإجازةَ بيعٌ مَعنًى[4].

---

(١) في (هـ): الدراهم.

(٢) بحث ابن عابدين هذه المسألة ٥/ ٢٤٢ ثم قال: وحاصله: أن تعليق القسمة على رضا فلان غير مؤقت: لا يصح مطلقًا، ومؤقتًا: يصح في الجنس الواحد، على أنه خيار شرط لأجنبي، كما يصح في البيع، فكلام العيني محمول على غير المؤقت، أو على الأجناس المختلفة.

(٣) في سوى (ح): عبده.

(٤) قال في «مجمع الأنهر» ٢/ ١١١: ولا خصوصية لإجازة البيع، بل كل ما لا يصح تعليقه بالشرط إذا انعقد موقوفًا لا يصح تعليق إجازته بالشرط، حتى النكاح. =

والرَّجعةُ، ....

(و) الخامِسُ: (الرَّجعةُ) بأن قال لِمُطلَّقته الرَّجعيَةِ: راجَعْتُكِ على أن تُقرِضيني كذا، (أو إن قَدِم زيدٌ)؛ لأنها استِدامةُ الْمِلك، فيكونُ مُعتبَرًا بابتِدائه، فكما لا يجوزُ تَعليقُ ابتِدائِه فكذا لا يجوزُ تَعليقُها أيضًا(١).

= وقال في «الدر المختار» بعد ذكر صورة البيع والنقل المتقدم عن «البحر»: فقصرها على البيع قصور، كما وقع في «المنح». وقال ابن عابدين ٥/ ٢٤٣: قوله: (فقصرها على البيع قصور) تعريض بما يفيده كلام العيني، حيث صور الإجازة بقوله: بأن باع فضولي عبده... إلخ.

(١) قال في «البحر» ٦/ ١٩٧: وهو سهو ظاهر، وخطأ صريح، وسيأتي أن النكاح لا يبطل بالشرط الفاسد، وإن كان لا يصح تعليقه، والمذكور في «الظهيرية» و«الجوهرة» و«البدائع» و«التتارخانية» من الرَّجعة: أنه لا يصح تعليقُها بالشرط، ولا إضافتها، ولم يذكروا أنها تبطُل بالشرط الفاسد، وكيف يصح أن يقال به وأصل النكاح لا يبطل بالشرط الفاسد، مع أن المصنف لم ينفرد بذكر الرجعة فيما يبطل بالشرط ولا يصح تعليقه، بل ذكره كذلك في «الخلاصة» و«البزازية» من البيوع، والعمادي في «فصوله» و«جامع الفصولين» و«فتح القدير» من البيوع، ولم أر أحدًا نبَّه على هذا، وقد توقفت في تخطئة هؤلاء، ثم جزمت بها وكان يجب أن تُذكر الرجعة مع النكاح في القسم الثاني.

ومما يدل على بطلان قول المصنف ومن وافقه: ما في «البدائع» من كتاب الرجعة أنها تصح من الإكراه والهزل واللعب والخطأ كالنكاح. اهـ فلو كانت تبطل بالشرط الفاسد لم تصِحّ مع الهزل؛ لأن ما يصح مع الهزل لا تُبطِله الشروطُ الفاسدة، وما لا يصح مع الهزل تُبطله الشروط الفاسدة، هكذا ذكره الأصوليون في بحث الهزل من قسم العوارض، وفي «الكافي» للحاكم الشهيد: وتعليق الرجعة بالشرط باطل، ولم يذكر أنها تبطل بالشروط الفاسدة.

قال في «مجمع الأنهر» ٢/ ١١١: لكن يفرق بين النكاح والرجعة بأنه لا يشترط فيها رضا الزوجة ولا شهود ولا مهر، وبأنه يجوز عود الأمة على الحرة التي تزوجها =

والصُّلحُ عن مالٍ، والإبراءُ عن الدَّين، وعزلُ الوَكيلِ، والاعتِكافُ،

(و) السّادسُ: (الصُّلحُ عن مالٍ) بمالٍ، بأن قال: صالَحتُك على أن تُسكِنَني في الدّار سنةً مثلًا، أو (إن قَدِم زيدٌ)؛ لأنها مُعاوَضةُ مالٍ بمالٍ، فيكونُ بيعًا.

(و) السّابعُ: (الإبراءُ عن الدَّين) بأن قال: أبرَأتُك عن دَيني على أن تَخدُمَني شهرًا، أو (إن قَدِم فُلانٌ)؛ لأنه تَمليكٌ من وجهٍ، حتى يَرتدُّ بالرَّدّ، وإن كان فيه مَعنى الإسقاطِ، فيكونُ مُعتبَرًا بالتَّمليكات، فلا يجوزُ تَعليقُه بالشَّرط.

(و) الثّامنُ: (عزلُ الوَكيلِ) بأن قال لوَكيله: عَزَلتُك على أن تُهدِيَ لي شيئًا، أو (إن قَدِم فُلانٌ)؛ لأنه ليس مما يُحلَف به، فلا يجوزُ تَعليقُه بالشَّرط[1].

(و) التّاسعُ: (الاعتِكافُ) بأن قال: عليَّ أن أعتكِفَ إن شَفى اللهُ مَريضي، أو (إن قَدِم فُلانٌ)؛ لأنه ليس مما يُحلَف به، كعَزْل الوَكيلِ،

= بعدما طلق الأمة، بخلاف النكاح، تدبر.

(١) قال في «مجمع الأنهر» ٢/ ١١٢: وفي «البحر»: وتعليله يقتضي عدم صحة تعليقه، وأما كونه يبطل بالشرط الفاسد فلا دليل عليه من هذا، وعندي أن هذا خطأ أيضًا، فإن عزل الوكيل ليس من قبيل ما يبطل بالشرط الفاسد، وإنما هو من قبيل ما لا يصح تعليقه بالشرط، لكن لا يبطل بالشرط الفاسد. انتهى، وفيه كلام؛ لأنه إذا لم يصح تعليقه بالشرط الفاسد، فقد بطل بذلك الشرط الفاسد، بمعنى أنه إذا وجد ذلك الشرط لم يترتب وجوده عليه، كما قال بعض الفضلاء، وهو جواب بعينه عما يورد في الرجعة وغيرها، تدبر.

....

فلا يَصِحُّ تَعليقُه بالشَّرط(١).

---

(١) قال في «مجمع الأنهر»: ٢/ ١١٢: وفي «المنح» نقلًا عن «البحر»: وعندي أن ذكره من هذا القسم خطأ من وجهين، من كونه يبطل بالشروط الفاسدة، ومن كونه لا يصح تعليقه، أما الثاني فقال في «القنية»: قال: لله علي اعتكاف شهر إن دخلت الدار، ثم دخل: فعليه اعتكاف شهر عند علمائنا، فإذا صح تعليقه بالشرط لم يبطل بالشرط الفاسد، لكنه ذكر إيجاب الاعتكاف من جملة ما لا يصح تعليقه بشرط ويبطل بفاسده، وذكر في «البزازية» من هذا القسم فقال: وتعليق وجوب الاعتكاف بالشرط لا يصح ولا يلزم، وقد ناقض الكمال كلامه فإنه جعل إيجاب الاعتكاف مما لا يصح تعليقه، وعزاه إلى «الخلاصة»، ولم يقل: في رواية، مع أنه قدم في باب الاعتكاف أن الاعتكاف الواجب هو المنذور تنجيزًا أو تعليقًا، وهو صريح في صحة التعليق بالشرط. انتهى.
ثم قال في «البحر» ٦/ ٢٠٠ عقيب هذا: والعجب من العيني كيف مشى هنا على أنه لا يصح تعليقه، وقال في «شرح الهداية» من باب الاعتكاف: والواجب أن يقول: لله عليَّ أن أعتكف يومًا أو شهرًا، أو يعلقه بشرط فيقول: إن شفى الله مريضي. اهـ فقد أتى بعين ما مثَّل به هنا وتناقض، وكيف يصح أن يقال بعدم صحة تعليقه مع الإجماع على صحة تعليق المنذور من العبادات أي عبادة كانت، حتى إن الوقف -كما سيأتي- لا يصح تعليقه بالشرط، ولو علق النذر به بشرط صح التعليق، قال في «الواقعات الحسامية» من الفصل السابع في النذر بالصدقة: رجل ذهب له شيء فقال: إن وجدته فلله عليَّ أن أقف أرضي على أبناء السبيل، فوجده: وجب عليه أن يقف؛ لأن هذا نذر، والوفاء بالنذر واجب. وقال قبله: لو قال: إن دخلت هذه الدار فلله عليَّ أن أتصدق بهذه المائة، فدخل الدار وهو ينوي بدخوله أن يتصدق عن زكاة ماله، فدخل ثم تصدق بها: لا يجزئه عن الزكاة؛ لأن الأول يمين، واليمين لازم لا يملك الرجوع عنها، فإذا دخل الدار لزمه التصدق بها بجهة اليمين. اهـ
فقد أفاد أن المنذور المعلق من باب اليمين، وحينئذ صح التعليق، وبهذا ظهر بطلان =

= قول الشارحَين أنه ليس مما يُحلف به، وصرح في النذر بالصوم بصحة تعليقه بالشرط، وفي «فتاوى» قاضي خان: الاعتكاف سنة مشروعة يجب بالنذر والتعليق بالشرط والشروع فيه؛ اعتبارًا بسائر العبادات. اهـ ثم قال: ولو نذر أن يعتكف رجب فعجَّل شهرًا قبله: يجوز في قول أبي يوسف، خلافًا لمحمد، وأجمعوا على أن النذر لو كان معلقًا بأن قال: إن قدم غائبي أو شفى الله مريضي فلانًا فلله عليَّ أن أعتكف شهرًا، فعجل شهرًا قبل ذلك لم يجز. اهـ

وهذه العبارة بوضعها دالة على صحة تعليقه بالإجماع؛ لأن مفهومها أن النذر صحيح، وأنه يجب الوفاء به إذا وجد شرطه، وأما تعجيله قبل وجود شرطه فغير جائز، وهذا هو الموضع الثالث مما أخطؤوا فيه في بيان ما لا يصح تعليقه، والخطأ هنا أقبح من الأولين وأفحش؛ لكثرة الصرائح بصحة تعليقه.

وأنا متعجب لكونهم تداولوا هذه العبارات متونًا وشروحًا وفتاوى ولم يتنبهوا لما اشتملت عليه من الخطأ بتغير الأحكام، والله الموفق للصواب.

وقد يقع كثيرا أن مؤلفًا يذكر شيئًا خطأ في كتابه، فيأتي من بعده من المشايخ فينقلون تلك العبارة من غير تغيير ولا تنبيه، فيكثر الناقلون لها، وأصلها لواحدٍ مخطئٍ، كما وقع في هذا الموضع، ولا عيب بهذا على المذهب؛ لأن مولانا محمد بن الحسن ضابط المذهب لم يذكر جملة ما لا يصح تعليقه بالشرط وما يصح على هذا الوجه، وقد نبهنا على مثل ذلك في الفوائد الفقهية في قول قاضي خان وغيره أن الأمانات تنقلب مضمونة بالموت عن تجهيلٍ إلا من ثلاث.

ثم إني تتبعت كلامهم، فوجدت سبعةً أخرى زائدةً على الثلاثة، ثم إني نَبَّهت على أن أصل هذه العبارة للناطفي أخطأ فيها، ثم تداولوها، ويرحم الله المحقق صاحب «الهداية» لم يلتفت إلى جَمْع هذه الأشياء ووضْعِها في كتابه، وهو دليل على كمال ضبطه وإتقانه، ولو حذفها المصنف رَحِمَهُ اللَّهُ لكان أسلم. انتهى.

قال في «مجمع الأنهر» ٢/ ١١٢: لكن إن ما لا يصح تعليقه وما لا يصح هو مع الشرط الفاسد هو الاعتكاف نفسه لا النذر به، بل النذر به يصح تعليقه بالشرط، ويترتب =

والْمُزارَعةُ، والْمُعامَلةُ، والإقرارُ، والوقفُ، والتَّحكيمُ.

(و) العاشِرُ: (الْمُزارَعةُ) بأن قال: زارَعتُك أرضِي على أن تُقرِضَني كذا، أو (إن قَدِم فُلانٌ)؛ لأنها إجارةٌ، فلا يَصِحُّ تَعليقُها بالشَّرط، كالإجارة.

(و) الحادِي عشَرَ: (الْمُعامَلةُ) وهي الْمُساقاةُ، بأن قال: ساقَيتُك شَجَري أو كَرْمي على أن تُقرِضَني كذا، أو (إن قَدِم فُلانٌ)؛ لأنها إجارةٌ أيضًا.

(و) الثّاني عشَرَ: (الإقرارُ) بأن قال: لفُلانٍ عليَّ كذا إن أَقرَضني كذا، أو (إن قَدِم فُلانٌ)؛ لأنه ليس مما يُحلَف به، فلا يَصِحُّ تَعليقُه بالشَّرط، بخِلاف ما إذا عَلَّقه بمَوته أو بمَجيء الوقتِ؛ فإنه يجوزُ، ويُحمَل على أنه فَعَل ذلك للاحتِراز عن الجُحود أو دَعوى الأجَلِ، فيَلزَمُه للحال، على ما يجيءُ إن شاء اللهُ تَعالى.

(و) الثّالثَ عشَرَ: (الوقفُ) بأن قال: أوقفْتُ دارِي إن قَدِم فُلانٌ، أو: أوقفْتُ دارِي عليك إن أخبَرْتَني بقُدوم فُلانٍ؛ لأنه ليس مما يُحلَف به أيضًا، فلا يَصِحُّ تَعليقُه بالشَّرط.

(و) الرّابعَ عشَرَ: (التَّحكيمُ) بأن قال الْمُحكَّمان: إذا أَهَلَّ الشَّهرُ، أو قالا لعبدٍ أو كافرٍ: إذا أُعتِقت أو أسلَمْتَ فاحكُم بيننا.

= لزومه على تحقق الشرط، فلا يفسده، كالنذر بسائر العبادات الذي يصح النذر بها،، بخلاف الوضوء وعيادة المريض، كما عرف في محله، وقد ذكروا بعيد هذا أن الوقف لا يصح تعليقه بالشرط، ويصح تعليق النذر به فافترقا، تدبر.

وما لا يَبطُل بالشَّرط الفاسِدِ: القرضُ، والهِبةُ، والصَّدَقةُ، والنِّكاحُ،

وهذا عند أبي يوسف، وقال محمدٌ: يجوزُ تَعليقُه بشَرطٍ، وإضافتُه(١) إلى زَمانٍ، فصار كالوَكالة والإمارةِ والقَضاءِ.

وله: أن التَّحكيمَ تَوليةٌ صورةً، وصُلحٌ مَعنًى، فباعتِبار أنه صُلحٌ لا يَصِحُّ تَعليقُه ولا إضافتُه، وباعتِبار أنه تَوليةٌ يَصِحُّ، فلا يَصِحُّ بالشَّكِّ والاحتِمالِ.

(وما) أي والذي (**لا يَبطُل بالشَّرط الفاسِدِ**) سَبعةٌ وعِشرون شيئًا على ما ذَكَره:

الأوَّلُ: (**القرضُ**) بأن قال: أقرضتُ لك هذه الْمِائةَ بشَرط أن تَخدُمَني شهرًا مثلًا، فإنه لا يَبطُل بهذا الشَّرطِ؛ وذلك لأن الشُّروطَ الفاسِدةَ من باب الرِّبا، وأنه يَختصُّ بالْمُبادَلة الماليّةِ، وهذه العُقودُ كلُّها ليست بمُعاوَضةٍ ماليّةٍ، فلا تُؤثِّر فيها الشُّروطُ الفاسِدةُ.

(و) الثّاني: (**الهِبةُ**) بأن قال: وَهَبتُ لك هذه الجارِيةَ بشَرط أن يَكونَ حَملُها لي.

(و) الثّالثُ: (**الصَّدَقةُ**) بأن قال: تَصدَّقتُ عليك بهذه الْمِائةِ على أن تَخدُمَني جُمُعةً مثلًا.

(و) الرّابعُ: (**النِّكاحُ**) بأن قال: (تَزوَّجتُكِ على أن لا يكونَ لكِ مهرٌ): يَصِحُّ النِّكاحُ، ويَفسُد الشَّرطُ، ويَجِبُ مهرُ الْمِثل، كما عُرِف في مَوضِعه.

---

(١) في (هـ): أو إضافته.

والطَّلاقُ، والخُلعُ، والعَتقُ، والرَّهنُ، والإيصاءُ، والوَصِيَّةُ، والشِّرْكَةُ، والمُضارَبةُ، ....

(و) الخامِسُ: (الطَّلاقُ) بأن قال: طَلَّقتُكِ على أن لا تَتزوَّجي غَيري.

(و) السَّادسُ: (الخُلعُ) بأن قال: (خالَعتُكِ على أن يكونَ[1] الخِيارُ لي) مُدَّةً سمَّاها: بَطَل الشَّرطُ، ووَقَع الطَّلاقُ، ووَجَب المالُ.

(و) السَّابعُ: (العَتقُ) بأن قال: أعتَقْتُك على أن يكونَ لي الخِيارُ ثَلاثةَ أيَّامٍ.

(و) الثَّامنُ: (الرَّهنُ) بأن قال: رَهَنتُ عبدي عندك[2] بشَرط أن أستخدِمَه.

(و) التَّاسعُ: (الإيصاءُ) بأن قال: أوصَيتُ إليك على شَرط أن تَتزوَّجَ ابنتي.

(و) العاشِرُ: (الوَصِيَّةُ) بأن قال: أوصَيتُ لك ثُلُثَ مالِي إن أجازَ فُلانٌ.

(و) الحادِي عشَرَ: (الشِّرْكةُ) بأن قال: شارَكتُك على أن تُهدِيَني كذا.

(و) الثَّاني عشَرَ: (المُضارَبةُ) بأن قال: ضارَبتُك في ألفٍ على النِّصف في الرِّبح إن شاء فُلانٌ، أو إن قَدِم فُلانٌ[3].

---

(١) في (أ): على ألف على أن يكون.

(٢) كذا في (ب)، وفي (أ) و(د): عندك عبدي، وفي باقي النسخ: عبدك عندي.

(٣) قال في «مجمع الأنهر» ٢/ ١١٤ متعقبًا المصنف هنا: وفي «البحر»: وهو مثال لتعليقها بالشرط، وهذا الذي وقع للعيني دليل على كسله وعدم تصفح كلامهم، فإنه لو أتى بالأمثلة التي ذكروها في الأبواب لكان أنسب. انتهى، لكن فيه كلام قد قررناه في الوصية، تدبر.

والقَضاءُ، والإمارةُ، والكَفالةُ، والحَوالةُ، والوَكالةُ، والإقالةُ، ....

(و) الثّالثَ عشَرَ: (القَضاءُ) بأن قال الخَليفةُ: وَلَّيتُك قَضاءَ مَكّةَ -مثلًا- على أن لا تُعزَلَ أبدًا.

(و) الرّابعَ عشَرَ: (الإمارةُ) بأن قال الخَليفةُ: وَلَّيتُك إمارةَ الشّامِ -مثلًا- على أن لا تَركَبَ، فهذا الشَّرطُ فاسِدٌ، ولا تَبطُل إمرتُه بهذا.

(و) الخامِسَ عشَرَ: (الكَفالةُ) بأن قال: كَفَلتُك عن غَريمك إن أقرضْتَني كذا[1].

(و) السّادسَ عشَرَ: (الحَوالةُ) بأن قال: أحَلْتُك على فُلانٍ بشَرط أن لا تَرجِعَ عليَّ عند التَّوى[2].

(و) السّابعَ عشَرَ: (الوَكالةُ) بأن قال: وَكَّلتُك إن أبرَأتَ ذِمّتي عما لك عليّ[3].

(و) الثّامنَ عشَرَ: (الإقالةُ) بأن قال: أقَلْتُك عن هذا البَيعِ إن أقرضْتَني كذا[4].

---

(١) قال في «مجمع الأنهر» ٢/ ١١٤ متعقبًا المصنف هنا: وفي «البحر»: وهو مثال لتعليقها بالشرط. انتهى، والجواب قد مر، تدبر.

(٢) التوى هو العجز عن الوصول إلى الحق. «العناية» ٧/ ٢٤٦.

(٣) قال في «مجمع الأنهر» ٢/ ١١٤ متعقبًا المصنف هنا: وفي «البحر»: وهو مثال تعليقها بالشرط. انتهى، وقد مر الجواب، تدبر.

(٤) قال في «مجمع الأنهر» ٢/ ١١٤ متعقبًا المصنف هنا: وفي «البحر» نقلًا عن «القنية»: لا يصح تعليق الإقالة بالشرط، وتقدم أنهما لو تقايلا بأقل من الثمن الأول أو بجنس آخر لم تفسد، ووجب الثمن الأول، وهو مثال أنها لا تبطل بالشرط، وأما ما ذكره =

والكِتابةُ، وإذنُ العبدِ في التِّجارة، ودِعوةُ الولَدِ، ....

(و) التّاسعَ عشَرَ: (الكِتابةُ) بأن قال الْمَولى لعَبده: كاتَبْتُك على ألفٍ بشَرط أن لا تَخرُجَ من البَلَد، أو على أن لا تُعامِلَ فُلانًا، أو على أن تَعمَلَ[1] في نَوعٍ من التِّجارة، فإن الكِتابةَ على هذا الشَّرطِ تصِحُّ، ويَبطُل الشَّرطُ، فله أن يَخرُجَ من البَلَد، ويَعمَلَ ما شاء من أنواع التِّجارةِ مع أيِّ شخصٍ شاء؛ وذلك لأن هذا الشَّرطَ غيرُ داخِلٍ في صُلب العقدِ، وأما إذا كان داخِلًا في صُلب العقدِ، بأن كان في نَفس البَدَل، كالكِتابة على خمرٍ ونحوِها: فإنها تَفسُد به على ما عُرِف في مَوضِعه.

(و) العِشرونَ: (إذنُ العبدِ في التِّجارة) بأن قال لعَبده: أذِنتُ لك في التِّجارة على أن تَتَّجِرَ إلى شهرٍ، أو على أن تَتَّجِرَ في كذا، فإنَّ إذنَه يكونُ عامًّا في التِّجارات والأوقاتِ، ويَبطُلُ الشَّرطُ.

(و) الحادِي والعِشرون: (دِعوةُ الولَدِ) بأن قال لأَمَته التي وَلَدت منه: هذا الولَدُ منِّي إن رَضِيَت امرأتي بذلك[2].

= العيني فمثال تعليقها. انتهى، وفيه كلام قد مر مرارًا.

(١) في (ج): على أن لا تعمل.

(٢) تابع صاحبُ «الدر المختار» المصنفَ هنا، وقال في «رد المحتار» ٥/ ٢٥٢: قوله: (كهذا الولد مني إن رضيت امرأتي) تابع «البحر» في ذلك، مع أنه في «البحر» اعترض على العيني مرارًا بأن الكلام في الشرط الفاسد لا في التعليق، فالأولى قول «النهر»: بشرط رضا زوجتي.
وقال في «العزمية»: وصور ذلك في إيضاح الكِرماني: بأن ادعى نسب التوأمين بشرط أن لا تكون نسبة الآخر منه، أو ادعى نسب ولد بشرط أن لا يرث منه.. =

والصُّلحُ عن دَم العمدِ، والصُّلحُ عن الجِراحة، وعقدُ الذِّمّة، وتَعليقُ الرَّدِّ بالعَيب وبخِيار الشَّرطِ، ....

(و) الثّاني والعِشرون: (الصُّلحُ عن دَم العمدِ) بأن صالَح وَلِيُّ[1] الْمَقتولِ عمدًا القاتِلَ على شيءٍ، بشَرط أن يُقرِضَه أو يُهدِيَ إليه شيئًا، فإن الصُّلحَ صَحيحٌ، والشَّرطَ فاسِدٌ، ويَسقُط الدَّمُ؛ لأنه من الإسقاطات، فلا يَحتمِل الشَّرطَ.

(و) الثّالثُ والعِشرون: (الصُّلحُ عن الجِراحة) بأن صالَح عن جِراحةٍ بشَرط إقراضِ شيءٍ أو إهداء شيءٍ.

(و) الرّابعُ والعِشرون: (عقدُ الذِّمّة) بأن قال الإمامُ لحَربيٍّ يَطلُب عقدَ الذِّمّة: ضَرَبتُ عليك الجِزيةَ إن شاء فُلانٌ مثلًا، فإنَّ عقدَ الذِّمّةِ صَحيحٌ، والشَّرطَ باطِلٌ»[2].

(و) الخامِسُ والعِشرون: (تَعليقُ الرَّدِّ بالعَيب) بأن قال: إن وَجَدتُ بالْمَبيع عَيبًا أَرُدُّه عليك إن شاء فُلانٌ مثلًا.

(و) السّادسُ والعِشرون: تَعليقُ الرَّدِّ (بخِيار الشَّرطِ) بأن قال مَن له

= يثبت نسب كل واحد من التوأمين، ويرث، وبطل الشرط؛ لأنهما من ماء واحد، فمن ضرورة ثبوت نسب أحدهما ثبوت الآخر؛ لما عرف، وشَرْطُ أن لا يرث شرط فاسدٌ؛ لمخالفة الشرع، والنسب لا يفسد به. اهـ.

(١) في (هـ): أولياء.

(٢) قال في «مجمع الأنهر» ٢/ ١١٥ متعقبًا: كما في «البحر»، وهو كما لا يخفى مثال لتعليق عقد الذمة بالشرط، والعجب أنه اعترض العيني مرارًا، فغفل عنه، تأمل.

وعزلُ القاضِي.

خِيارُ الشَّرطِ في البَيع: رَدَدتُ المبيعَ، أو قال: أسقَطتُ خِياري، إن شاء فُلانٌ، فإنه يَصِحُّ الرَّدُّ، ويَبطُل الشَّرطُ[١].

(و) السّابعُ والعِشرون: (عزلُ القاضِي) بأن قال الخَليفةُ للقاضِي: عَزَلتُك عن القَضاء إن شاء فُلانٌ، فإنه يَنعزِل، ويَبطُل الشَّرطُ[٢].

لِما ذكَرْنا أن هذه الأشياءَ كلَّها ليست بمُعاوَضةٍ ماليّةٍ، فلا تُؤثِّر فيها الشُّروطُ الفاسِدةُ[٣].

---

(١) قال في «مجمع الأنهر» ٢/ ١١٥ متعقبًا: وفيه كلام؛ لأن تعليق الرد بالعيب باطل، وله الرد بالعيب، وفي خيار الشرط صح ما شرط، ومَثَّل في «الخلاصة» للأول بقوله: بأن يقال: إن لم أرد هذا الثوب المعيب اليوم عليك فقد رضيت بالعيب، وللثاني بقوله لو قال: أبطلت خياري إذا جاء غد. انتهى، ومقتضاه أنه إذا قال ذلك بطل خياره إذا جاء غد، فقول صاحب «البحر: يبطل الشرط.. ليس بظاهر، تدبر.

(٢) قال في «مجمع الأنهر» ٢/ ١١٥ متعقبًا: كما في «البحر»، لكن يرد عليه بأن هذا مثال للتعليق بالشرط، كما مر آنفًا.
وقال في «رد المحتار» ٥/ ٢٥٤: قوله: (كعزلتك إن شاء فلان) كذا مَثَّل في «البحر»، واعترض بأن هذا تعليق، وليس الكلام فيه، قلت: والعجب أنه في «البحر» اعترض على العيني مرارًا بمثل هذا.
وقد يجاب: بأنه إذا لم يبطل بالتعليق لا يبطل بالشرط بالأولى، كعزلتك على أن أوليك في بلدة كذا.

(٣) قال في «الدر المختار»: وزدت ثمانية.. قال في «رد المحتار» ٥/ ٢٤٩: قوله: (وزدت ثمانية) هي الإبراء عن دم العمد، والصلح عن جناية غصب، الوديعة، وعارية إذا ضمنها... إلخ، والنسب، والحجر على المأذون، والغصب، وأمان القن. ط.
قلت: وقدمنا أن كل ما جاز تعليقه لا يفسد بالشرط الفاسد، وسيأتي أيضًا.

....

ثم اعلَم أن الشَّيخَ رَحِمهُ اللهُ تَعالى ذَكَر هنا ثَلاثةَ أشياءَ، الأوَّلَ: ما يَبطُل بالشُّروط الفاسِدةِ، الثّاني: ما لا يَبطُل بها، الثّالثَ: ما لا يَصِحُّ تَعليقُه بالشَّرط..

وبَقِي هنا ثَلاثةُ أقسامٍ أُخرى:

الأوَّلُ: ما يجوزُ تَعليقُه بالشَّرط، وهو مُختصٌّ بالإسقاطات الْمَحضةِ التي يُحلَف بها، كالطَّلاق والعَتاقِ، وبالالتِزامات التي يُحلَف بها، كالحجِّ والصَّلاةِ، أو التَّوليات، كالقَضاء والإمارةِ.

الثّاني: ما يجوزُ إضافتُه إلى ما يُستقبَل من الزَّمان، وهو أربعةَ عشَرَ: الإجارةُ، وفسخُها، والْمُزارَعةُ، والْمُعامَلةُ، والْمُضارَبةُ، والوَكالةُ، والكتابةُ، والوصيةُ، والكَفالةُ، والإيصاءُ، والقَضاءُ، والإمارةُ، والطَّلاقُ، والوقفُ[1].

---

(١) لأن الإجارة تتضمن تمليك المنافع، وهي لا يتصور وجودها في الحال فتكون مضافةً ضرورةً، وهو معنى قول أصحابنا: الإجارة تنعقد ساعة فساعة، على حسب حدوثها.
وفسخ الإجارة معتبر بالإجارة، فيجوز مضافًا، ألا ترى أن فسخ البيع، وهو الإقالة معتبر به، حتى لا يجوز تعليقه بالشرط، ولا إضافته إلى الزمان كالبيع.
والمزارعة والمعاملة إجارة، ألا ترى أن من يجيزهما لا يجيزهما إلا بطريقهما، ويراعي فيها شرائطها.
والمضاربة والوكالة من باب الإطلاقات، ومن جملة الإسقاطات؛ لأن تصرف الوكيل قبل التوكيل في مال الموكل كان موقوفًا حقًّا للمالك، فهو بالتوكيل أسقط ذلك فيكون إسقاطًا، فيقبل التعليق، والكفالة من باب الالتزامات، فتجوز إضافتها إلى الزمان، وتعليقها بالشرط الملائم، بخلاف الوكالة، حيث يجوز =

....

الثَّالثُ: ما لا يَصِحُّ[1] إضافتُه إلى الزَّمان، وهو تِسعةٌ: البيعُ، وإجازتُه، وفسخُه، والقِسمةُ، والشِّرْكةُ، والهِبةُ، والنِّكاحُ، والرَّجعةُ، والصُّلحُ عن مالٍ، والإبراءُ من الدَّين؛ لأن هذه الأشياءَ تَمليكاتٌ، فلا يجوزُ إضافتُها إلى الزَّمان، كما لا يجوزُ تَعليقُها بالشَّرط؛ لما فيه من مَعنى القِمارِ.

= تعليقها بالشرط المتعارف مطلقًا لما ذكرنا.

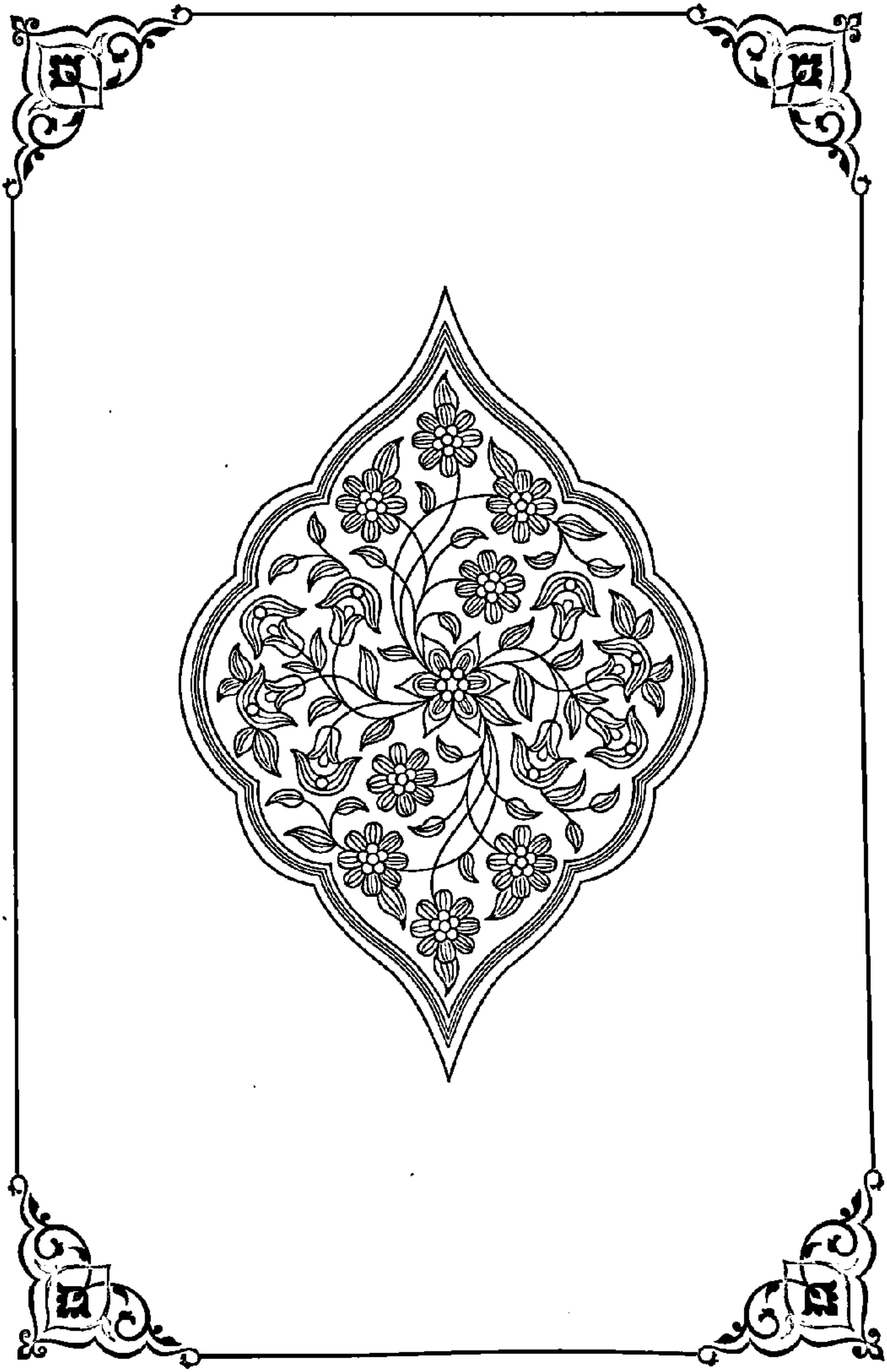
والإيصاء بالمال، أو بإقامة شخص مُقام نفسه في التصرف: لا يكون إلا مضافًا؛ لأن حقيقتها تمليك بعد الموت، أو توكيل بعد الموت، فيجوز تعليقها وإضافتها، أما الإيصاء إلى شخص: فلأنه توكيل، وقد بينا أنه يجوز تعليقه بالشرط.

وأما الوصية بالمال: فلأن لفظها ينبئ عن التمليك بعد الموت؛ إذ لا يُتصور أن تكون للحال إلا مجازًا.

والقضاء والإمارة تولية وتفويض محض، فجاز إضافته وتعليقُه بالشرط. انتهى من «التبيين» ٤/ ١٣٤.

(١) في (ج) و(هـ): ما لا يصلح.

كتاب الصَّرف



كتاب الصَّرفِ

هو: بيعُ بعضِ الأثمانِ ببعضٍ.

فلو تَجانَسا: شُرِط التَّماثُلُ والتَّقابُضُ، وإن اختَلَفا جَودةً وصِياغةً،

هذا (كِتاب) في بَيان أحكامِ (الصَّرفِ)

هو: النَّقلُ لُغةً، ولهذا سُمِّي من يَتصرَّف في النَّقد بالنَّقل صَرّافًا، وصَيرَفًا، وصَيرفِيًّا، ويجيءُ بمَعنى الفضلِ أيضًا، ومنه سُمِّي التَّطوُّعُ من العِبادات صَرفًا؛ لأنه زِيادةٌ على الفَرائِض.

وفي الشَّرعِ: (هو) أي الصَّرفُ (**بيعُ بعضِ الأثمانِ ببعضٍ**) كالذَّهَب والفِضّةِ إذا بِيعَ أحَدُهما بالآخَر أو بجِنسه.

ثم شَرَع يُبيِّن حُكمَه بالفاء التَّفصيليّةِ بقَوله:

(**فلو تَجانَسا**) أي النَّقدان، بأن بِيعَ أحَدُهما بجِنس الآخَرِ، كالذَّهَب بالذَّهَب، والفِضّةِ بالفِضّة (**شُرِط التَّماثُلُ**) أي التَّساوِي (**والتَّقابُضُ**) قبل الافتِراقِ (**وإن اختَلَفا**) واصِلٌ بما قبله، أي وإن اختَلَف المُتجانِسان (**جَودةً**) أي من حيث الجَودةُ (**وصِياغةً**) أي من حيث الصِّياغةُ.

والأصلُ فيه: قولُه عَلَيْهِ الصَّلَاةُ وَالسَّلَامُ: «**الذَّهَبُ بالذَّهَب، والفِضّةُ بالفِضّة ...**»، إلى أن قال: «**مِثلًا بمِثلٍ، سواءً بسواءٍ، يدًا بيدٍ، فإذا اختَلَفت هذه الأصنافُ فبِيعوا كيف شِئتُم إذا كان يدًا بيدٍ**»، ....

وإلا شُرِط التَّقابُضُ.

فلو باع الذَّهَبَ بالفِضّة مُجازَفةً: صحَّ، ....

رَواه مسلمٌ وأحمدُ وآخَرون[1].

ولا فرقَ في ذلك بين أن يَكونا مما يَتعيَّن بالتَّعيين، كالْمَصوغ والتِّبرِ، أوْ لا يَتعيَّنان، كالْمَضروب، أو يَتعيَّن أحَدُهما دون الآخَرِ؛ لإطلاق الحَديثِ.

ثم اختَلَفوا في القَبض هل هو شرطُ صِحّةِ العقدِ، أو شرطُ البَقاءِ على الصِّحّة؟ فقِيل: هو شرطُ الصِّحّةِ، فعلى هذا: يَنبَغي أن يكونَ القبضُ مَقرونًا بالعَقد، إلا أن حالَهما قبل الافتِراقِ جُعِلت كحالة[2] العقدِ تَيسيرًا، فإذا وُجِد القبضُ فيه يُجعَل كأنه وُجِد حالةَ العقدِ، فيَصِحُّ، وقِيل: هو شرطُ البَقاءِ على الصِّحّة، فلا يُحتاجُ إلى هذا التَّقديرِ.

والشَّرطُ أن يَقبِضا قبل الافتِراقِ بالأبدان، حتى لو ناما أو أُغمِي عليهما في الْمَجلِس، ثم تَقابَضا قبل الافتِراقِ: صحّ، بخِلاف خِيارِ الْمُخيَّرةِ؛ لأنه يَبطُل بالإعراض أو بما يَدُلُّ عليه.

(وإلا) أي وإن لم يَكونا من جِنسٍ واحِدٍ (شُرِط التَّقابُضُ) فقط؛ لما روَيْنا (فلو باع الذَّهَبَ بالفِضّة) بيعًا (مُجازَفةً صحَّ) البيعُ؛ لاختِلاف الجِنسِ، لكن ....

---

(1) مسلم (١٥٨٧)، وتقدم مشارًا إليه.

(2) في (ج): كمسألة.

إن تَقابَضا في الْمَجلِس.

ولا يَصِحُّ التَّصرُّفُ في ثَمَن الصَّرفِ قبل قبضِه، فلو باع دِينارًا بدَراهِمَ، واشتَرى بها ثوبًا: فَسَد بيعُ الثَّوبِ.

ولو باع أمةً مع طَوقٍ، قِيمةُ كلٍّ ألفٌ بألفَين، ونَقَد من الثَّمَن ألفًا: فهو ثمَنُ الطَّوقِ، ....

(إن تَقابَضا في الْمَجلِس) لأن الْمُستحَقَّ هو القبضُ قبل الافتِراقِ دون التَّسويةِ؛ لما روَيْنا، وإن افتَرَقا قبل قبضِهما أو قبل قبضِ أحَدِهما: بَطَل؛ لفَوات الشَّرط، وهو القبضُ.

ولو باع الفِضّةَ بالفِضّة، أو الذَّهَبَ بالذَّهَب، مُجازَفةً، ثم عَلِم تَساوِيهما قبل الافتِراقِ: صحّ، وبعده لا يَصِحُّ، خِلافًا لزفرَ.

(ولا يَصِحُّ التَّصرُّفُ في ثَمَن الصَّرفِ قبل قبضِه) أي قبل قبضِ الثَّمَنِ، ثم أوضَح ذلك بالفاء بقَوله:

(فلو باع دِينارًا بدَراهِمَ، واشتَرى بها ثوبًا: فَسَد بيعُ الثَّوبِ) لأن في تَجويزه فَسادَ القبضِ الْمُستحَقِّ بالعَقد، وعن زفرَ: يجوزُ؛ لأن النُّقودَ لا تَتعيَّن في العُقود والفُسوخِ.

(ولو باع أمةً مع طَوقٍ) في عُنُقها من فِضّةٍ (قِيمةُ كلٍّ) واحِدٍ من الأمة والطَّوقِ (ألف) مِثقالٍ (بألفَين) أي بألفَي مِثقالٍ (ونَقَد) الْمُشتَري (من الثَّمَن ألفًا: فهو) أي الألفُ الْمَنقودُ (ثمَنُ الطَّوقِ) لأن حِصّةَ الطَّوقِ يَجِب قبضُه في الْمَجلِس؛ لكَونه بدَلَ الصَّرفِ، فيُصرَفُ إليه؛ تَصحيحًا للعَقد،

....

والْمُتأخِّرُ إلى الأمة.

قال الشّارحُ: وفي عِبارة الشَّيخِ تَسامُحٌ، فإنه قال: قِيمةُ كلٍّ ألفٌ، أي ألفُ دِرهَمٍ، ولا يُعتبَر في الطَّوق القِيمةُ، وإنما يُعتبَر القَدْرُ عند الْمُقابَلَةِ بجِنسه، وكذا لا يُحتاجُ فيه إلى بَيان قِيمةِ الجارِيةِ؛ لأن قَدْرَ الطَّوقِ صار مُقابَلًا بالطَّوق، والباقِي بالجارِية، قلَّ قِيمتُها أو كَثُر.

ثم قال الشّارحُ بعد ذلك: إلا إذا قُدِّر أن الثَّمَنَ خِلافُ جِنسِ الطَّوقِ، بأن كان فِضّةً، والثَّمَنُ ذهَبًا، أو بالعَكس(١).

قُلتُ: بَيَّن ذلك لأحَد شَيئَين، إما لبَيان انقِسامِ الثَّمَن على الْمُثْمَن، وإما للإشارة إلى أن الثَّمَنَ خِلافُ جِنسِ الطَّوقِ، بأن كان الطَّوقُ فِضّةً، والثَّمَنُ ذهبًا، أو بالعَكس(٢).

---

(١) هذه الفقرة غير مثبتة في الأصول سوى (ز) و(ح)، وانظر «التبيين» ٤/ ١٣٧.

(٢) قال في «رد المحتار» ٥/ ٢٦٠ مفصّلًا للمسألة ومتعقبًا متابعة الحصكفي للمصنف هنا: قوله: (إنما بين قيمتهما... إلخ) أشار إلى ما اعترض به الزيلعي من أن في عبارة المصنف تسامحًا؛ لأنه ذكر القيمة في كل منهما، ولا تعتبر القيمة في الطوق، وإنما يعتبر القدر عند المقابلة بالجنس، وكذا لا حاجة إلى بيان قيمة الجارية؛ لأن قدر الطوق مقابل به، والباقي بالجارية قَلَّت قيمتها أو كثرت، فلا فائدة في بيان قيمتها إلا إذا قُدِّر أن الثمن بخلاف جنس الطوق، فحينئذ يفيد بيان قيمتها؛ لأن المثمن ينقسم عليهما على قدر قيمتها. اهـ، وبه ظهر أن تقييد الشارح أولًا الطوق بكونه فضةً لا يناسب ما ذكره من الانقسام، إلا أن يحمل الألف في قوله: قيمته ألف على أنه من الذهب: أي ألف مثقال، لكن قوله: أو أنه غير جنس الطوق ينافي ذلك. =

وإن اشتَراها بألفَين، ألفِ نقدٍ وألفِ نَسيئةٍ: فالنَّقدُ ثمَنُ الطَّوقِ.

وإن باع سَيفًا حِليتُه خَمسون بمِائةٍ، ونَقَد خَمسين: فهو حِصّتُها، ...

(وإن اشتَراها) أي الأمةَ (بألفَين، ألفِ نقدٍ، وألفِ نَسيئةٍ) بالجرِّ فيهما على أنه بدَلٌ من (ألفَين)، ويجوزُ الرَّفعُ فيهما على أنه خبَرُ مُبتدإٍ مَحذوفٍ، أي هما ألفٌ نقدٌ، وألفٌ نَسيئةٌ، أو مُبتدأٌ والخبَرُ مَحذوفٌ، أي منهما ألفٌ نقدٌ، وألفٌ نَسيئةٌ، والمَعنى: أنه اشتَراها بألفٍ حالّةٍ وألفٍ مُؤجَّلةٍ (فالنَّقدُ) وهو الألفُ الحالّةُ (ثمَنُ الطَّوقِ) لما ذكَرْنا.

ولو كان كلُّ الثَّمَن مُؤجَّلًا فَسَد البيعُ في الجَميع عند أبي حنيفة، وقالا: يَفسُد في الطَّوق دون الجارِيةِ.

(وإن باع سَيفًا حِليتُه خَمسون) أي تُساوِي خَمسين دِرهَمًا، والباءُ في قَوله: (بمِائةٍ) تَتعلَّق بقَوله: (باع)، أي باع بمِائة دِرهَم (ونَقَد) المُشتَري من الثَّمَن (خَمسين) دِرهَمًا (فهو) أي الخَمسون (حِصّتُها) أي حِصّةُ الحِليةِ؛ تَحرّيًا للجَواز.

= وقد تبع فيه العينيَّ، وصوابه: إذا كان غير جنس الطوق، فيوافق ما أجاب به الزيلعي؛ لأن الانقسام المذكور إنما يكون عند اختلاف الجنس، وبعد هذا يَرِدُ عليه، كما قال ط إنه عند اختلاف الجنس لا تعتبر القيمة، بل يشترط التقابض، كما سيذكره في الأصل الآتي.

وفي «المنح»: ولو بيع المصوغ من الذهب أو المزركش منه بالدراهم: فلا يحتاج إلى معرفة قدره، وهل هو أقل أو أكثر؟ بل يشترط القبض في المجلس، فلو بيع بالذهب يحتاج... إلخ، قلت: وقد يجاب بأن بيان القيمة له فائدة وإن اختلف الجنس، وذلك عند استحقاق الطوق أو الجارية، تأمل.

وإن لم يُبيِّن أو قال: من ثَمَنهما، ولو افتَرَقا بلا قَبضٍ: صحَّ في السَّيفِ دونها إن تَخلَّص بلا ضرَرٍ، وإلا بَطَلا.

ولو باع إناءَ فِضَّةٍ، وقَبَض بعضَ ثمَنِه، وافتَرَقا: صحَّ فيما قُبِض،

(وإن لم يُبيِّن) الْمُشتَري أنه حِصَّتُها (أو قال) الْمُشتَري: خُذ الخَمسين (من ثَمَنهما) أي من ثَمَن السَّيفِ والحِليةِ؛ لأن التَّثنيةَ قد تُذكَر ويُرادُ بها الواحِدُ منهما، قال اللهُ تَعالى: ﴿نَسِيَا حُوتَهُمَا﴾ [الكهف: ٦١]، والنَّاسِي أحَدُهما، وقال تَعالى: ﴿يَخْرُجُ مِنْهُمَا ٱللُّؤْلُؤُ وَٱلْمَرْجَانُ﴾ [الرحمن: ٢٢]، والْمُرادُ أحَدُهما.

(ولو افتَرَقا) أي الْمُتعاقِدان في السَّيف (بلا قَبض) شيءٍ (صحَّ) البيعُ (في) حِصَّة (السَّيفِ) لعَدَم اشتِراطِ القبضِ فيما يَخُصُّه (دونها) أي دون الحِليةِ؛ لأن حِصَّةَ الصَّرفِ يَجِب قبضُه (إن تَخلَّص) السَّيفُ (بلا ضرَرٍ) هذا شرطُ جَوازِ البيعِ في السَّيف؛ لأنه إذا كان يَتخلَّص بدون الضَّرَر يُقدَر على تَسليمه، فيَصيرُ حينَئذٍ نَظيرَ بيعِ الجارِيةِ مع الطَّوقِ.

(وإلا) أي وإن لم يَتخلَّص السَّيفُ إلا بضرَرٍ (بَطَلا) أي البَيعان: بيعُ الحِليةِ، وبيعُ السَّيفِ؛ لأنه يَصيرُ حينَئذٍ كبَيع جِذعٍ من سقفٍ.

وفي «الْمُحيط»: هذا إذا عُلِم أن الفِضّةَ التي هي الثَّمَنُ أكثَرُ مما في الحِلية والطَّوقِ، وإن عُلِم أنها مِثلُه أو أقلُّ منه: لا يجوزُ؛ للرِّبا، وإن كان مَجهولًا لا يجوزُ، خِلافًا لزفرَ.

(ولو باع إناءَ فِضّةٍ) بفِضّةٍ أو ذهَبٍ (وقَبَض بعضَ ثمَنِه، وافتَرَقا) أي الْمُتعاقِدان (صحَّ) البيعُ (فيما قُبِض) لأنه صرفٌ يَبطُل بالافتِراق

والإناءُ مُشترَكٌ بينهما، وإن استُحِقَّ بعضُ الإناءِ: أَخَذ الْمُشتَري ما بَقِي بقِسطه، أو ردَّ.

ولو باع قِطعةَ نُقرةٍ، فاستُحِقَّ بعضُها: أَخَذ ما بَقِي بقِسطه بلا خِيارٍ.

قبل القبضِ، فيَتقدَّر الفَسادُ بقَدْر ما لم يَقبِض، ولا يَشيعُ؛ لأنه طارئٌ (والإناءُ مُشتَرَكٌ بينهما) أي بين الْمُتعاقِدَين، ولا يَثبُت للمُشتَري خِيارُ العَيبِ بالشِّرْكة؛ لأنها حَصَلت من جِهَته، وهو عدَمُ النَّقدِ قبل الافتِراقِ.

(وإن استُحِقَّ بعضُ الإناءِ أَخَذ الْمُشتَري ما بَقِي) بعد حِصّةِ الْمُستحَقِّ (بقِسطه) أي بحِسابه (أو ردَّ) البيعَ؛ لأن الشِّرْكةَ في الإناء عَيبٌ؛ لأن التَّشقيصَ يَضُرُّه، فيَثبُت له الخِيارُ.

والفرقُ بين الْمَسألتَين: أن الشِّرْكةَ في الأُولى من جِهة الْمُشتَري، كما بَيَّنّا، وهنا كانَت مَوجودةً عند البيعِ مُقارِنةً له، فافهَم.

(ولو باع قِطعةَ نُقرةٍ) وهي قِطعةُ فِضّةٍ مُذابةٍ، كذا في «تَهذيب الدِّيوانِ»، فعلى هذا: تكونُ الإضافةُ فيه من قَبيل إضافةِ الجِنسِ إلى النَّوعِ، والنُّقرةُ أيضًا: حُفرةٌ في الأَرض غيرُ كَبيرةٍ، ونُقرةُ القَفا كذلك (فاستُحِقَّ بعضُها) أي بعضُ النُّقرةِ (أَخَذ) الْمُشتَري (ما بَقِي) بعد حِصّةِ الْمُستحَقِّ (بقِسطه) أي بحِسابه (بلا خِيارٍ) لأن الشِّرْكةَ فيها ليست بعَيبٍ؛ إذ التَّشقيصُ لا يَضُرُّها، بخِلاف الإناءِ؛ لما ذكَرْنا، لكن إن استُحِقَّ قبل القبضِ بعضُه يَثبُت له الخِيارُ؛ لتَفرُّق الصَّفْقةِ عليه.

وصحَّ بيعُ دِرهَمَين ودِينارٍ بدِرهَمٍ ودِينارَين.
وكُرِّ بُرٍّ وشَعيرٍ بضِعفهما.
وأحدَ عشَرَ دِرهَمًا بعَشَرةِ دَراهِمَ ودِينارٍ.
ودِرهَمٍ صَحيحٍ ودِرهَمَين غَلّةٍ بدِرهَمَين صَحيحَين ودِرهَمٍ غَلّةٍ.

(وصحَّ بيعُ دِرهَمَين ودِينارٍ بدِرهَمٍ ودِينارَين) بأن يُجعَلَ كلُّ جِنسٍ مُقابَلًا بخِلاف جِنسِه، فيُقابَل الدِّرهَمان بالدِّينارَين، والدِّينارُ بالدِّرهَم، وقال زفرُ والشّافعيُّ ومالِكٌ وأحمدُ في رِوايةٍ: لا يجوزُ هذا العقدُ أصلًا؛ لأنه مُقابَلةٌ اشتَمَلت على مُقابَلة الجِنسِ بالجنس وبخِلافه، فلا يجوزُ.

(و) صحَّ أيضًا بيعُ (كُرِّ بُرٍّ وشَعيرٍ بضِعفهما) بأن يَبيعَهما بكُرَّي بُرٍّ وكُرَّي شَعيرٍ، فيُجعَل كُرّا بُرٍّ بكُرِّ شَعيرٍ، وكُرّا شَعيرٍ بكُرِّ بُرٍّ، وفيه خِلافُ زفرَ والشّافعيِّ أيضًا، والتَّعليلُ من الجانِبَين ما مرّ.

(و) صحَّ أيضًا بيعُ (أحدَ عشَرَ دِرهَمًا بعَشَرة دَراهِمَ ودِينارٍ) فيُجعَل العشَرةُ بمِثلها، والدِّينارُ بدِرهَمٍ؛ تَصحيحًا للعَقد.

(و) صحَّ أيضًا بيعُ (دِرهَمٍ صَحيحٍ ودِرهَمَين غَلّةٍ) بفَتح الغَينِ الْمُعجَمةِ، وتَشديدِ اللّامِ، وهو الذي يَرُدُّه بيتُ المالِ ويَقبَلُه التُّجّارُ، وقال بعضُهم: دَراهِمُ غَلّةٌ: أي مُكَسَّرةٌ (بدِرهَمَين صَحيحَين ودِرهَمٍ غَلّةٍ) لأنهما جِنسٌ واحِدٌ، فيُعتبَر التَّساوِي في القَدْر دون الوصفِ، وفيه خِلافُ زفرَ والشّافعيِّ أيضًا.

ودِينارٍ بعشَرةٍ عليه، أو بعشَرةٍ مُطلَقةٍ، ودَفَع الدِّينارَ، وتَقاصَّا العشَرةَ بالعَشَرة.

(و) صحَّ أيضًا بيعُ (دِينارٍ بعشَرةٍ) هي دَينٌ (عليه) أي على البائِع (أو) باعَه (بعشَرةٍ مُطلَقةٍ) يَعني: لم يَقُل: بالعَشَرة التي عليه (ودَفَع) البائِعُ (الدِّينارَ) إلى الْمُشتَري (وتَقاصَّا العشَرةَ) التي هي الثَّمَنُ (بالعَشَرة) التي هي دَينٌ، وكِلاهما جائِزٌ.

أما إذا قابَل الدِّينارَ بالعَشَرة التي عليه ابتِداءً: فلأنه جَعَل ثمَنَه دَراهِمَ لا يَجِب قبضُها ولا تَعيينُها بالقَبض، وذلك جائِزٌ إجماعًا؛ لأن تَعيينَ أحدِ العِوَضَين بالقَبض في الصَّرف للاحتِراز عن الدَّين بالدَّين، وتَعيينَ الآخَرِ للاحتِراز عن الرِّبا، ولا رِبا في دَينٍ ساقِطٍ.

وأما إذا باعَه بعشَرةٍ مُطْلَقةٍ، ثم تَقاصّا: فالْمَذكورُ هنا استِحسانٌ، والقِياسُ أن لا يجوزَ، وهو قولُ زفرَ، لأنه يكونُ استِبدالًا ببَدَل الصَّرفِ، فلا يجوزُ.

وجهُ الاستِحسانِ: أنهما لما تَقاصّا تَضمَّن انفِساخَ الأوَّلِ، وانعِقادَ صرفٍ آخرَ غيرِ الأوَّلِ مُضافًا إلى العَشَرة الدَّينِ؛ إذ لولا ذلك لكان استِبدالًا ببَدَل الصَّرفِ، فتَثبُت الإضافةُ اقتِضاءً.

ولا فرقَ بين أن يكونَ الدَّينُ مَوجودًا قبل عقدِ الصَّرفِ أو حَصَل بعده، وقِيل: لا يجوزُ التَّقاصُّ بدَينٍ حادِثٍ بعد الصَّرفِ؛ لأنه يكونُ تَقاصًّا بدَينٍ سيَجِب، والأوَّلُ هو الأصحُّ.

وغالِبُ الفِضّة والذَّهَب: فِضّةٌ وذهَبٌ، حتى لا يجوزُ بيعُ الخالِصةِ بها، ولا بيعُ بعضِها ببعضٍ .. إلا مُتساوِيًا وزنًا، ولا يَصِحُّ الاستِقراضُ بهما إلا وزنًا.

وغالِبُ الغِشّ: ليس في حُكم الدَّراهِمِ والدَّنانيرِ، ....

وهنا صورةٌ أُخرى، وهي أن يَبيعَه دِينارًا بعشَرةٍ، ثم يَحدُثَ لِمُشتَري الدِّينارِ عشَرةٌ على البائِع، بأن باع منه ثوبًا بعشَرةٍ، فيَتقاصّان في الْمَجلِس.. ففيه[1] رِوايتان، في رِواية أبي حفصٍ: لا يجوزُ، واختارَه شمسُ الأئِمّةِ السَّرَخسيُّ وقاضِي خانَ، وفي رِواية أبِي سُلَيمانَ: تجوزُ الْمُقاصّةُ، واختارَه فخرُ الإسلامِ، والصَّدرُ الشَّهيدُ، والزّاهدُ العَتّابيُّ.

(وغالِبُ الفِضّة و) غالِبُ (الذَّهَب: فِضّةٌ وذهَبٌ) وهو من قَبيل اللَّفّ والنَّشرِ الْمُرتَّبِ، ثم بَيَّن التَّفريعَ الذي يُبنى عليه بقَوله:

(حتى لا يجوزُ بيعُ) الفِضّةِ (الخالِصةِ بها، ولا بيعُ بعضِها ببعضٍ.. إلا مُتساوِيًا وزنًا) أي من حيث الوزنُ.

(ولا يَصِحُّ الاستِقراضُ بهما إلا وزنًا) لأنهما لا يَخلُوان عن قَليلِ غِشٍّ للانطِباع، فيكونُ الحُكمُ للغالِب.

(وغالِبُ الغِشّ) من الذَّهَب والفِضّةِ (ليس في حُكم الدَّراهِمِ والدَّنانيرِ) لأن العِبرةَ للغالِب في الشَّرع، ثم بَيَّن التَّفريعَ الذي يُبنى عليه بقَوله:

---

(١) في (ب) و(هـ): فعنه.

فصحَّ بيعُها بجِنسها مُتفاضِلًا، والتَّبايُعُ، والاستِقراضُ بما يَروجُ عدَدًا أو وزنًا، أو بهما، ولا يَتعيَّن بالتَّعيين؛ لكَونهما أثمانًا، ....

(فصحَّ بيعُها) أي بيعُ غالِبِ الغِشِّ، وإنما أنَّث الضَّمير باعتِبار الفِضَّةِ (بجِنسها) أي بالْمَغشوش مِثلِها، بيعًا (مُتفاضِلًا) سواءٌ كان عدَدًا أو وزنًا؛ لأن الغِشَّ من كلِّ واحِدٍ منهما مُقابَلٌ بالفِضَّة أو الذَّهَبِ الذي في الآخَر، فلا يَضُرُّ التَّفاضُلُ فيهما؛ لاختِلاف الجِنس.

ويُشتَرَط التَّقابُضُ قبل الافتِراقِ؛ لأنه صرفٌ في البَعض؛ لوُجود الفِضَّةِ أو الذَّهَبِ من الجانِبَين، وكذا إذا بِيعَت بالفِضَّة الخالِصةِ أو الذَّهَبِ الخالِصِ: لا بُدَّ أن يكونَ الخالِصُ أكثرَ من الفِضَّة أو الذَّهَبِ الذي في الْمَغشوش، حتى يكونَ قَدْرُه بمِثله، والزّائدُ بالغِشّ.

(والتَّبايُعُ) بالرَّفع، عطفٌ على قَوله: (فصحَّ بيعُها بجِنسها)، أي وصحَّ التَّبايُعُ، أي البيعُ والشِّراءُ (والاستِقراضُ بما) أي بالذي (يَروجُ) من غالِب الغِشِّ من الذَّهَب والفِضَّةِ (عدَدًا) أي من حيث العدَدُ (أو وزنًا) أي: أو من حيث الوزنُ (أو بهما) أي بالعَدَد والوزنِ، إن كان يَروجُ بهما؛ لأن الْمُعتبَرَ فيما لا نصَّ فيه العادةُ؛ وهذا لأنهما لما كان الغالِبُ فيهما الغِشَّ صارَت كالفُلوس، فيُعتبَر فيها عاداتُ النّاسِ، حتى إذا كانَت تَروجُ بالوَزن فبالوَزن، وإن كانَت تَروجُ بالعَدَد فبالعَدَد، وإن كانَت تَروجُ بهما فبكلِّ واحِدٍ منهما.

(ولا يَتعيَّن) غالِبُ الغِشِّ (بالتَّعيين) يَعني: ما دامَت تَروجُ (لكَونهما) أي لكَون الذَّهَبِ والفِضَّةِ اللذين غَلَب عليهما الغِشُّ (أثمانًا) بالاصطِلاح،

وَيَتعيَّن بالتَّعيين إن كانَت لا تَروجُ.

والْمُتساوِي: كغالِب الفِضّةِ، في التَّبايُع، والاستِقراضِ، وفي الصَّرف: كغالِب الغِشّ.

فما دام ذلك الاصطِلاحُ مَوجودًا لا تَبطُل الثَّمَنيَّةُ؛ لقِيام الْمُقتضِي.

(ويَتعيَّن) غالِبُ الغِشّ (بالتَّعيين إن كانَت لا تَروجُ) لزَوال الْمُقتضِي للثَّمَنيّة، وهو الاصطِلاحُ، فتَصيرُ سِلعةً، فتَتعيَّن به.

(والْمُتساوِي) يَعني: الذي استَوى غِشُّه وفِضّتُه، أو غِشُّه وذهَبُه: حُكمُه (كغالِب الفِضّةِ) وغالِبِ الذَّهَبِ (في التَّبايُع والاستِقراضِ) حتى لا يجوزُ البيعُ بها ولا إقراضُها إلا بالوَزن، بمَنزِلة الدَّراهِمِ الرَّديئةِ، ولا تَتعيَّن إلا بالتَّعيين.

(و) حُكمُه (في الصَّرف: كغالِب الغِشّ) أي كحُكم فِضّةٍ غَلَب عليها الغِشُّ، أو ذهَبٍ غَلَب عليه الغِشُّ، حتى إذا باعَها بجِنسها جاز على وَجه الاعتِبارِ[1]، ولو باعَها بالفِضّة الخالِصةِ لا يجوزُ حتى تكونَ

(١) بأن تصرف الفضة في الأولى إلى الغش في الثانية، والفضة في الثانية إلى الغش في الأولى.
قال الشرنبلالي في «حاشيته» ٢/ ٢٠٥: قوله: (على وجه الاعتبار) يعني فلا يشترط التساوي بل التقابض، قال في «الهداية»: وإن بيعت بجنسها متفاضلًا جاز صرفًا للجنس إلى خلاف الجنس، وهي في حكم شيئين فضة وصفر، ولكنه صرف حتى يشترط القبض في المجلس، لوجود الفضة من الجانبين، وإذا شرط القبض في الفضة شرط في الصفر؛ لأنه لا يتميز عنه إلا بضرر. اهـ

ولو اشترى به أو بفُلوسٍ نافِقةٍ شيئًا، وكَسَد: بَطَل البيعُ.

الخالِصةُ أكثرَ مما فيه من الفِضّة، ويُشترَط التّقابُض؛ لأنه صرفٌ؛ لوُجود الفِضّةِ من الطّرَفين.

(**ولو اشترى به**) أي بغالِب الغِشّ[1] (**أو**) اشترى (**بفُلوسٍ نافِقةٍ**) أي رائِجةٍ[2] ماشِيةٍ (**شيئًا، وكَسَد**) كلُّ واحِدٍ من الْمَذكورَين (**بَطَل البيعُ**) عند أبي حنيفة رَحِمَهُ اللَّهُ، فيَجِب ردُّ الْمَبيعِ إن كان قائِمًا، وقيمتِه إن كان هالِكًا.

وعندهما: البيعُ صَحيحٌ، وبه قالَت الثّلاثةُ، ثم قال أبو يوسف: عليه قِيمتُه يومَ باع، وبه يُفتى، وقال محمدٌ: عليه قِيمته آخِرَ ما تَعامَل النّاسُ به، وهو أحدُ قَولَي الشّافعيّ.

لهما: أن القبضَ مَضمونٌ، والكَسادَ هالِكٌ، فصار مَضمونًا بقِيمته، إلا أن أبا يوسف نَظَر إلى أنه تَجِب القِيمةُ عند البيعِ؛ لأنه مَضمونٌ بالبَيع، ومحمدًا عند الانقِطاعِ؛ لأنه حينَئذٍ يَتحوَّل إلى القِيمة، فيَتعيَّن يومَئذٍ.

وله: أن الثَّمَنيّةَ تَهلِك بالكَساد؛ لأنها ثابِتةٌ بالاصطِلاح، وإذا بَطَلت بَقِي بيعًا بغَير ثمَنٍ، فيَبطُل العقدُ، وكذا على الخِلاف إذا انقَطَعت عن أيدي النّاسِ.

---

(١) في (ب) و(هـ): ولو اشترى به أي بالتي غلب عليها الغش.

(٢) في (ج) و(هـ): رابحة.

وحدُّ الكَسادِ: أن تُتْرَكَ الْمُعامَلةُ بها في جَميعِ البِلادِ، وإن كان تَروجُ في بَعضِ البِلادِ لا يَبطُل البيعُ، لكنه يَتعيَّب إذا لم تَرُج في بَلَدهم، فيَتخيَّر البائِعُ، إن شاء أَخَذه، وإن شاء أَخَذ قِيمتَه.

وحدُّ الانقِطاعِ: أن لا يُوجَدَ في السُّوق، وإن كان يُوجَد في يَد الصَّيارِفةِ وفي البُيوت[١].

وفي «الفَتاوى الصُّغرى»: تَفسيرُ الكَسادِ: أن لا تَروجَ في جَميع البُلدانِ، ثم قال: هذا على قَول محمدٍ، أما عندهما: الكَسادُ في بَلدةٍ يَكفي لفَساد البيعِ في تلك البَلدةِ؛ بِناءً على اختِلافهم في بَيع الفَلسِ بالفَلسَين[٢]، عندهما: يجوزُ؛ اعتِبارًا لاصطِلاح بعضِ النّاسِ، وعنده: لا؛ لأنه يُعتبَر اصطِلاحُ الكلِّ، وقال أيضًا: لو كان مَكانَه نِكاحٌ يَجِب مهرُ الْمِثل..

---

(١) قال في «الدر والرد» ٥/ ٢٦٩: كذا ذكره العيني وابن الملك بالعطف، خلافا لما في نسخ المصنف - حيث قال: في البيوت، بدون عطف- وقد عزاه لـ «الهداية»، ولم أره فيها، والله أعلم.

(٢) قال في «الهداية» ٣/ ٦٣: قال: ويجوز بيع الفلس بالفلسين بأعيانهما، عند أبي حنيفة وأبي يوسف، وقال محمد: لا يجوز؛ لأن الثمنية تثبت باصطلاح الكل، فلا تبطل باصطلاحهما، وإذا بقيت أثمانًا لا تتعين، فصار كما إذا كانا بغير أعيانهما، وكبيع الدرهم بالدرهمين.

ولهما: أن الثمنية في حقهما تثبت باصطلاحهما؛ إذ لا ولاية للغير عليهما، فتبطل باصطلاحهما، وإذا بطلت الثمنية تتعين بالتعيين، ولا يعود وزنيًا لبقاء الاصطلاح على العد؛ إذ في نقضه في حق العد فساد العقد، فصار كالجوزة بالجوزتين، =

وصحَّ البيعُ بالفُلوس النّافِقةِ، وإن لم يُعيِّن، وبالكاسِدة: لا، حتى يُعيِّنَها.

وفي «الْمُحيط»: دَلّالٌ باع مَتاعَ الغيرِ بإذنِه بدَراهِمَ مَعلومةٍ، فاستَوفى الدَّراهِمَ، فقَبْل أن يَدفَعَ الدراهم إلى صاحِب الْمَتاعِ كَسَدت الدَّراهِمُ: لا يَفسُد البيعُ؛ لأن حقَّ القبضِ له.

(وصحَّ البيعُ بالفُلوس النّافِقةِ وإن لم يُعيِّن) العاقِدُ؛ لأنها أموالٌ مَعلومةٌ، وصارَت ثمَنًا بالاصطِلاح، فجاز بها البيعُ، ووَجَبت في الذِّمّة، كالدَّراهِم والدَّنانيرِ، وإن عَيَّنها لا تَتعيَّن؛ لأنها صارَت ثمَنًا بالاصطِلاح، وله أن يُعطِيَه غيرَها.

(و) البيعُ (بالكاسِدة) أي بالفُلوس الكاسِدةِ (لا) يَصِحُّ (حتى يُعيِّنَها) لأنها سِلَعٌ، فلا بُدَّ من تَعيينها، وفي «شَرح الطَّحاويّ»: ولو اشتَرى مائةَ فَلسٍ بدِرهَمٍ، فقَبَض الفُلوسَ أو الدَّراهِمَ، ثم افتَرَقا: جاز البيعُ؛ لأنهما افتَرَقا عن عَينٍ بدَينٍ..

فإن كَسَدت الفُلوسُ بعد ذلك يُنظَر.. إن كان الفُلوسُ هي الْمَقبوضَة: فلا يَبطُل البيعُ، وإن كان الفَلسُ غيرَ مَقبوضٍ[1]: بَطَل البيعُ استِحسانًا.

= بخلاف النقود؛ لأنها للثمنية خلقة، وبخلاف ما إذا كانا بغير أعيانهما؛ لأنه كالئ بالكالئ، وقد نهي عنه، وبخلاف ما إذا كان أحدهما بغير عينه؛ لأن الجنس بانفراده يحرم النساء. انتهى، وانظر «العناية» ٧/ ٢٠، و«البناية» ٨/ ٢٨٠، و«فتح القدير» ٧/ ٢٠.

(١) في (أ): وإن كان الفلوس غير مقبوضة.

ولو كَسَدت أفلُسُ القرضِ: يَجِب ردُّ مِثلِها.

وقال بعضُ مَشايخِنا: إنما يَبطُل العقدُ إذا اختارَ الْمُشتَري إبطالَه فسخًا؛ لأن كَسادَها بمَنزِلة عَيبٍ فيها، والأوّلُ أظهَرُ.

ولو نَقَد الدّراهم، وقَبَض من الفُلوس نِصفَها خَمسين، ثم كَسَدت الفُلوسُ قبل أن يَنقُدَ النّصفَ الآخَرَ: بَطَل البيعُ في نِصفها، وله أن يَستَرِدَّ نِصفَ الثَّمَن.

ولو اشتَرى فاكِهةً أو شيئًا بعَينه بفُلوسٍ، ثم كَسَدت الفُلوسُ قبل أن يَنقُدَها، وقد قَبَض الْمَبيعَ: فَسَد البيعُ، وله أن يَرُدَّ الْمَبيعَ إذا كان قائِمًا، أو قِيمتَه أو مِثلَه إن كان هالِكًا، ورُوِي عن أبي يوسف أنه قال: عليه قِيمةُ الفُلوسِ، ولا يَفسُد البيعُ.

(**ولو كَسَدت أفلُسُ القرضِ**) بأن استَقرَض فُلوسًا، ثم كَسَدت (**يَجِب**) عليه عند أبي حنيفة (**ردُّ مِثلِها**) أي مِثلِ الكاسِدةِ، وعندهما: يَجِب عليه ردُّ قِيمتِها، فعند أبي يوسف: ردُّ قيمتِها يومَ قبضِها، وعند محمدٍ: يومَ كَسادِها.

لهما في وُجوب القِيمةِ: أن في الكَساد تَعذَّرَ ردُّها بوَصفها، فيَجِب قِيمتُها.

ثم اختِلافُهما[1] في وُجوبها يومَ القبضِ والكَسادِ فرعُ الاختِلافِ في غَصب الْمِثليِّ إذا انقَطَع، وسيأتي إن شاء اللهُ تَعالى.

(١) في (هـ): يوم اختلافهما.

ولو اشتَرى شيئًا بنِصف دِرهَمٍ فُلوسٍ: صحَّ.
ولو أَعطى صَيرفيًّا دِرهَمًا، وقال: أعطِني به نِصفَ دِرهَمٍ فُلوسًا، و

وله: أن الْمُستقرِضَ مَلَكها ضَرورةَ الانتِفاعِ بها، ثم وَجَب ردُّ الْمِثلِ لتَكونَ العَينُ مَردودةً حُكمًا، والوصفُ لا يُراعى في العَين لصِحّة الرَّدِّ، وإن كانت قائِمةً يُرَدُّ عَينُها بالإجماع.

(ولو اشتَرى شيئًا بنِصف دِرهَمٍ فُلوسٍ: صحَّ) الشِّراءُ، وعليه ما يُباعُ بنِصف دِرهَمٍ من الفُلوس، وعلى هذا: لو قال: بثُلُث دِرهَمٍ، أو برُبُعه، أو بدانِقِ فُلوسٍ، أو بقِيراطِ فُلوسٍ، وقال زفرُ: لا يجوزُ جَميعُ ذلك إلا بالعَدَد؛ تَحرُّزًا عن جَهالة الثَّمَن، ولنا: أن ما يُباعُ من الفُلوس بين النّاسِ بنِصف دِرهَمٍ ونحوِه مَعلومٌ منها، فأغنى العِلمَ به عن العَدَد.

وفي «الأصل»: وإذا اشتَرى الرَّجُلُ من الفاكِهة أو من الإدام بدانِقِ فُلوسٍ، أو بدانِقَين فُلوسٍ، أو بقِيراطِ فُلوسٍ: فهذا جائزٌ، وعليه من الفُلوس ما سُمِّي؛ لأن الدّانِقَ والقِيراطَ مَعروفٌ، ولو اشتَرى شيئًا من ذلك بدِرهَمٍ فُلوسٍ كان مِثلَ ذلك في القِياس، وهو في الدَّراهِم أفحَشُ، هذا لفظُ محمدٍ في «الأصل»، ولكن لم يُصرِّح بالجَواز وعدَمِه.

وقال في «الْمُختلَف» و«الحَصْر»: وعن أبي يوسف: أنه يجوزُ، وعن محمدٍ: أنه لا يجوزُ.

(ولو أَعطى) شخصٌ (صَيرفيًّا دِرهَمًا، وقال: أعطِني به) أي بالدِّرهَم (نِصفَ دِرهَمٍ فُلوسًا، و) أعطِني ....

نِصفًا إلا حَبّةً: صحّ.

(نِصفًا) يَعني: من الفِضّة (إلا حَبّةً) ناقِصةً من النِّصف (صحّ) هذا العقدُ، فيكونُ نِصفُ دِرهَمٍ إلا حِبّةً بمُقابَلة الفِضّةِ، ونِصفُ دِرهَمٍ وحَبّةٌ بمُقابَلة الفُلوسِ.

ولو قال: (أعطِني بنِصفه فُلوسًا، وبنِصفه نِصفًا إلا حَبّةً): بَطَل في الكلِّ عند أبي حنيفة، وعندهما: صحَّ البيعُ في الفُلوس، وبَطَل فيما يُقابِل الفِضّةَ.

وأصلُ الخِلافِ: أن العقدَ يَتكرَّر عنده بتَكَرُّر اللَّفظِ، وعندهما: بتَفصيل الثَّمَنِ، حتى لو قال: أعطِني بنِصفه فُلوسًا، وأعطِني بنِصفه نِصفًا إلا حَبّةٍ: جاز في الفُلوس، وبَطَل في الفِضّة بالإجماع[1].

وقال القُدُوريُّ[2]: ومن أعطى الصَّيرفيَّ دِرهَمًا وقال: (أعطِني بنِصفه فُلوسًا، وبنِصفه نِصفًا إلا حَبّةٍ): جاز البيعُ في الفُلوس، وبَطَل فيما بَقِي عندهما، وقال أبُو نصرٍ الأقطَعُ: هذا غلَطٌ من النّاسِخ؛ لأن العقدَ فيه فاسِدٌ عند أبي حنيفة، وعندهما: جائِزٌ في الفُلوس، فاسِدٌ في قَدْر النِّصفِ الآخَرِ، على اختِلافهم في الصَّفْقة الواحِدةِ إذا تَضمَّنت الصَّحيحَ والفاسِدَ.

---

(١) أي لتكرار لفظ أعطني اهـ شلبي ٤/ ١٤٥.

(٢) في (ب): وقال زفر ومن أعطى.

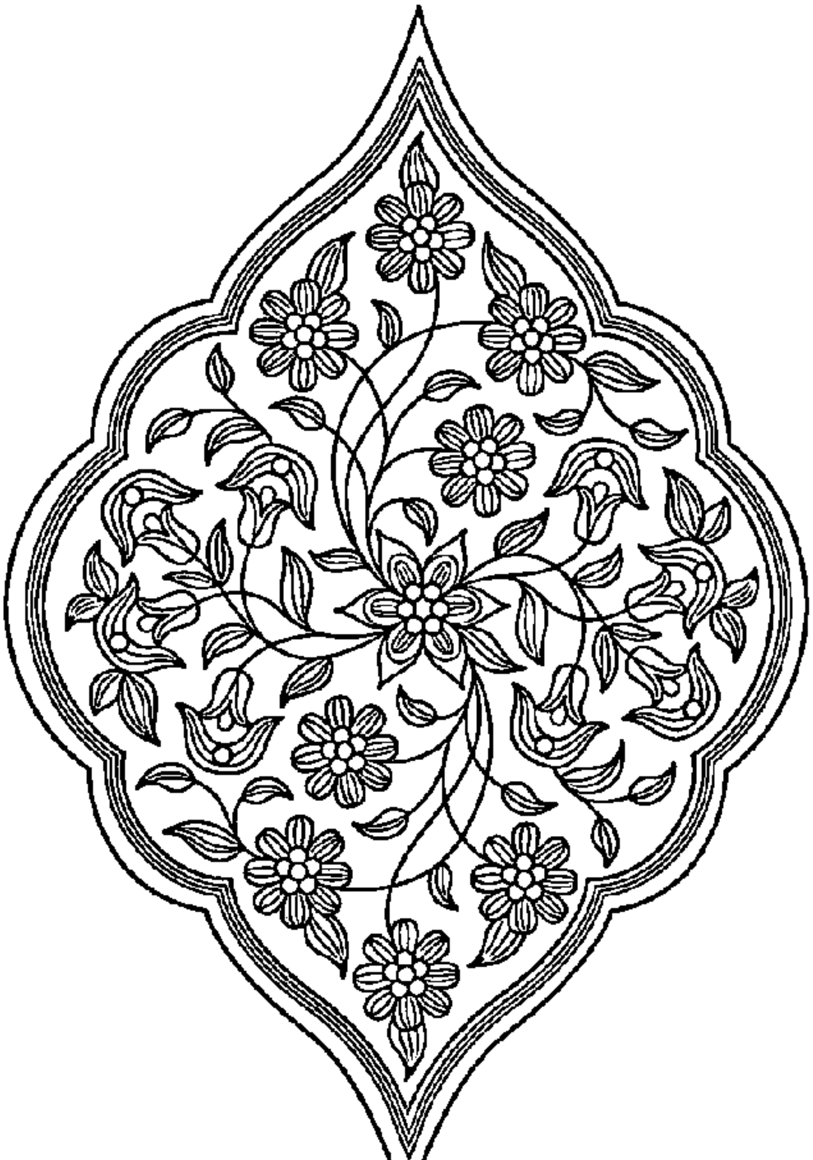
وقال في «الْمِنهاج» للإمام شرَفِ الدِّينِ أبِي حفصٍ عمرَ بنِ محمدِ بنِ عمرَ الأنصاريِّ العَقِيليِّ[1]: إذا دَفَع دِرهَمًا وقال: أعطِني بنِصفه فُلوسًا، وبنِصفه دِرهَمًا صَغيرًا وزنُه نِصفُ دِرهَمٍ إلا حبَّةً: جاز البيعُ في حِصّة الفُلوسِ، وبَطَل في حِصّة الفِضّةِ، قِيل: وعلى قِياس[2] قولِ أبي حنيفة: يَفسُد في الكلّ.

وذَكَر القُدُوريُّ أنه يجوزُ البيعُ، فكانَت الفُلوسُ والنِّصفُ إلا حِبّةً بدِرهَمٍ، واللهُ أعلمُ بالصَّواب.

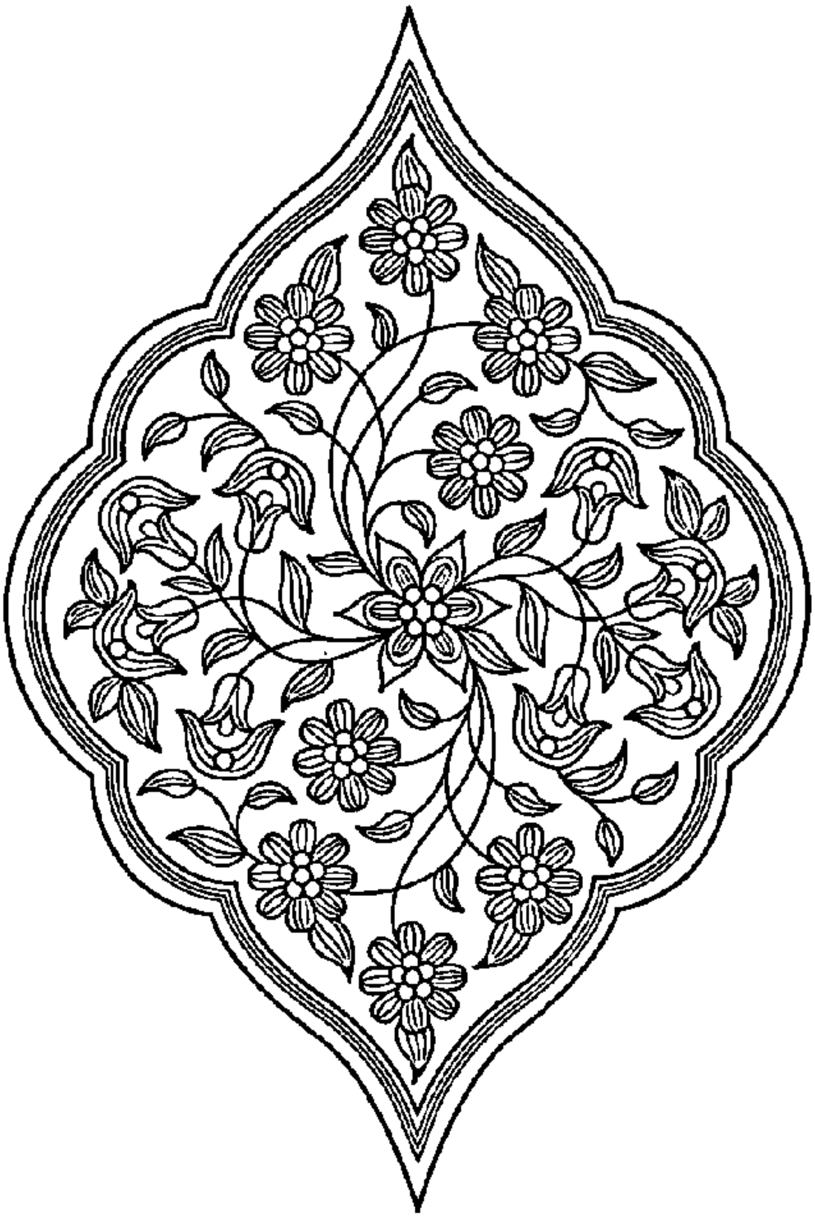
---

(١) شرف الدين، أبو حفص، عمر بن محمد بن عمر بن محمد بن أحمد، العَقيلي، الأنصاري، قال الذهبي: العلامة شرف الدين، كان من كبار حنفية بخارى وعلمائها، قدم بغداد حاجًّا في سنة ثمان وثمانين وخمس مائة، وحج ثم رجع وحدث، روى عن الصدر الأجل الشهيد حسام الدين أبي المفاخر برهان الأئمة عمر بن الصدر الماضي عبد العزيز عمر بن مازة، قال الذهبي: روى عن الفراوي، روى عنه سبطه أحمد بن محمد بن أحمد ، والعلامة محمد بن عبد الستار الكردري، توفي ببخارى وقت صلاة الفجر من يوم الثلاثاء، الخامس من جمادى الأولى، سنة ست وسبعين وخمسمائة، ودفن عند القضاة السبعة. «الجواهر المضية» ١/ ٣٩٧.

(٢) في (هـ): وعلى هذا القياس قول أبي حنيفة.



كتاب الكفالة



كِتاب الكَفالةِ

هي: ضمُّ ذِمّةٍ إلى ذِمّةٍ في الْمُطالَبة.

وتَصِحُّ بالنَّفس وإن تَعدَّدت ....

هذا (كِتاب) في بَيان أحكامِ (الكَفالةِ)

وهي في اللُّغة: الضَّمُّ، قالَ اللهُ تَعالى: ﴿وَكَفَّلَهَا زَكَرِيَّا﴾ [آل عمران: ٣٧]، أي ضَمَّها إلى نَفسه.

وفي الشَّرع: (هي) أي الكَفالةُ (ضمُّ ذِمّةٍ إلى ذِمّةٍ في الْمُطالَبة) يَعني: في حقِّ الْمُطالَبةِ، وفي رِوايةٍ عن الأصحاب: أن مُوجَبَها وُجوبُ الدَّينِ على الكَفيل، وهذا غيرُ صَحيحٍ؛ لأنه يَستَحيل أن يَجِبَ دَينان، ولا يُستوفى إلا أحَدُهما، والصَّحيحُ هو الأوَّلُ، وعليه الأئِمّةُ الأربَعةُ، إلا رِوايةً عن أحمدَ: أن الدَّينَ يَنتقِل في الكَفالة عن الْمَيْت.

ونَقَل الشَّيخُ أبُو حفصٍ[1] رَحِمهُ اللهُ تَعالى: أن الدَّينَ يَسقُط عن الأصيل بالكَفالة عند مالِكٍ، والْمَشهور عنه خِلافُ ذلك.

(وتَصِحُّ) الكَفالةُ (بالنَّفس وإن تَعدَّدت) الكَفالةُ، بأن أخَذ منه كَفيلًا ثم كَفيلًا، وكذا يَجوزُ إذا تَعدَّدت النُّفوسُ الْمَكفولُ بها أيضًا، كما يَجوزُ بالدُّيون الكَثيرةِ، وقال الشّافعيُّ: لا تجوزُ الكَفالةُ بالنَّفس؛ لأنه لا قُدرةَ

---

(١) لعله البخاري الكبير.

له على تَسليمه؛ إذ لا وِلايةَ له عليه، لا سِيَّما إذا تكفَّل بغَير أمرِه، ومَشهورُ مَذهَبِه كمَذهَبنا..

لقَوله عَلَيْهِ الصَّلَاةُ وَالسَّلَامُ: «الزَّعيمُ غارِمٌ» -رَواه الدّارَقُطنيُّ[1]، والزَّعيمُ: الكَفيلُ- من غَير فصلٍ بين الكَفالةِ بالمال والكَفالةِ بالنَّفس، وبه قال أحمدُ، وهو قولُ عمرَ، وعُثمانَ، وابنِ مَسعودٍ، وابنِ عمرَ، وحَمزةَ بنِ عمرٍو الأسلَميِّ، وجَريرِ بنِ عبدِ اللهِ، وأُبَيِّ بنِ كعبٍ، وعِمرانَ بنِ الحُصَينِ، والأشعَثِ بنِ قَيسٍ، رَضِيَ اللهُ عنهم أجمعين[2].

---

(١) (٢٩٦٠)، ورواه الإمام أحمد (٢٢٥٠٧)، وأبو داود (٣٥٦٥)، والترمذي (١٢٦٥)، وابن ماجه (٢٤٠٥).

(٢) قال الإمام القدوري في «التجريد» ٦/ ٣٠١٥: ويدل عليه: إجماع الصحابة، روي أن رجلًا أتى ابن مسعود رَضِيَ اللهُ عَنْهُ فأخبره أنه سمع ابن نواحة يؤذن ويقول: أشهد أن مسيلمة رسول الله، فدعاه فاعترف بذلك، فعرض التوبة عليه فلم يتب، فأمر عبد الله بن مسعود قرظة بن كعب الأنصاري، فأخرجه إلى السوق فجز رأسه، ثم استشار أصحاب محمد صَلَّى اللهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ في قومه، فقال عدي بن حاتم: ثؤلول الكفر أطلع رأسه فاحسمه، فلا يكون بعده شيء، وقال الأشعث بن قيس، وجرير بن عبد الله: بل استتبهم وكَفِّلْهم عشائرهم، فاستتابهم وكفلهم عشائرهم ونفاهم إلى الشام. (أصله في البخاري ٢٢٩٠ معلقًا، والطحاوي في «شرح مشكل الآثار ١١/ ٣١٢، ورواه البيهقي ١١٤١٥ وانظر «تغليق التعليق» ٣/ ٢٨٩).
فاتفق على جواز الكفالة: ابن مسعود، وجرير بن عبد الله، والأشعث بن قيس، وقرظة بن كعب، وعدي بن حاتم، وغيرهم.
وروي: أن حمزة بن عمرو الأسلمي أراد أن يرجم رجلًا قد زنى، فقيل له: أصلحك الله، إن أمره رفع إلى عمر، فجلده مائة ولم ير عليه الرجم، فأخذ حمزة بالرجل كفيلًا =

ب: كَفَلتُ بنَفسه، وبما عُبِّر عن البَدَن، وبجُزءٍ شائعٍ، وضَمِنتُه، و عليَّ.

والباءُ في قَوله: (بـ: كَفَلتُ بنَفسه) تَتعلَّق بقَوله: (وتَصِحُّ)؛ لأنه حَقيقةٌ في مَعناها.

(و) تَصِحُّ أيضًا (بما عُبِّر) به من أعضائِه (عن البَدَن) كرَأسه، ووجهِه، ورَقَبتِه، وعُنُقِه، وجَسَدِه، فإن قال: تكفَّلتُ برَأسه، أو وجهِه، ونحوِهما: صَحَّت الكَفالةُ؛ لأن هذه الأسماءَ يُعبَّر بها عن جَميع البَدَن عُرفًا.

(و) وتَصِحُّ أيضًا (بجُزءٍ شائعٍ) منه، بأن قال: تَكفَّلتُ بثُلُثه، أو رُبُعِه، أو خُمُسِه؛ لأن النَّفسَ الواحِدةَ في حقِّ الكَفالةِ لا تَتجزَّأ، فكان ذِكرُ بعضِها شائِعًا كذِكر كلِّها.

(و) وتَصِحُّ أيضًا بقَوله: (ضَمِنتُه) لأنه تَصريحٌ بمُوجَب الكَفالةِ (و) تَصِحُّ أيضًا بقَوله: (عليَّ) لأنه صِيغةُ الإلزامِ[1] ....

= حتى قدم على عمر، فسأله عن ذلك فصدقه، وحمزة من أكابر الصحابة، ولم ينكر عمر الكفالة. (البخاري معلقًا ٢٢٩٠ وانظر الأثر السابق).

وروي: أنه كان لعبد الله بن عمر على عليِّ بن أبي طالب دين: فتكفلت أم كلثوم بنت علي بعلي.

ولا يقال: تكفَّلَت بالدين الذي عليه، لأن المروي: أنها تكفلت به.

ومن أصحابنا من حكى عن عثمان وعمران بن حصين جواز ذلك، ولا يعرف له مخالف، وهذه المسألة فيها إجماع بعد الصحابة أيضًا، أنه لم يقل أحد من الفقهاء ببطلانها، ولا صرح الشافعي بذلك، وأهل الأعصار يعتقدونها من غير مانع ولا نكير، فدل ذلك على جوازها.

(١) في (أ) و(ج): الالتزام.

والِيّ، وأنا زَعيمٌ به، وقَبيلٌ به، لا بـ: أنا ضامِنٌ لِمَعرِفته.

(و) بقَوله: (إليّ) لأنه بمَعنى (عليّ) في هذا الْمَوضِعِ.

(و) وتَصِحُّ أيضًا بقَوله: (أنا زَعيمٌ) أي كَفيلٌ (به) أي بفُلانٍ (و) بقَوله: أنا (قَبيلٌ به) أي بفُلانٍ؛ لأن القَبيلَ هو الكَفيلُ، ولهذا يُسمّى الصَّكُّ قَبالَةً[1]؛ لأنه يَحفَظ الحقَّ، فيكونُ وَثيقةً كالكَفيل.

(لا) يَصيرُ كَفيلًا (بـ: أنا) أي بقَوله: أنا (ضامِنٌ لِمَعرِفته) أي لِمَعرِفة فُلانٍ، وقال أبو يوسف: يَصيرُ ضامِنًا؛ للعُرف؛ لأنهم يَرَون به الكَفالةَ، ولهما: أنه التَزَم مَعرِفتَه دون الْمُطالَبةِ، فصار كأنه قال: أُوقِفُك عليه، وكذا لو قال: أنا ضامِن لأَنْ أدُلَّك عليه، أو لأَنْ أدُلَّ على مَنزِله: لا يكونُ كَفالةً.

ولو قال: أنا ضامِنٌ لتَعريفه، أو على تَعريفِه: ففيه اختِلافُ الْمَشايخِ، كذا في «شَرح الشّافي».

وفي «الفَتاوى الصُّغرى»: إذا قال لآخرَ: أشناي فلان برمن[2].. قال الفَقيهُ أبُو جَعفَرٍ: يكونُ كَفيلًا، وقال الفَقيهُ أبُو اللَّيثِ: لا، وعليه الفَتوى، وفي «الواقِعات»: الفَتوى على أنه يَصيرُ كَفيلًا.

ولو قال: أشناي من أست[3]، أو قال: أشناي است: صارَت كَفالةً

---

(١) في سوى (أ): قبالًا. وانظر «التبيين» ٤/١٤٨.

(٢) معناها: معرفة فلان عليّ. كذا في هامش «الفتاوى الهندية» ٣/٢٥٦.

(٣) معناها: معرفتي، أو قال: فلان معروف. المصدر السابق.

فإن شَرَط تَسليمَه في وقتٍ بعَينه: أَحضَره فيه إن طَلَبه، فإن أَحضَره.. وإلا حَبَسه الحاكِمُ.

بالنَّفس عُرفًا، ولو قال: آنجه[١] ترا بر فُلان أست من بدهم: لا يكونُ كَفالةً؛ لأنه وعدٌ، كذا في مَأذون شيخِ الإسلامِ خَواهَرْ زادَهْ.

(**فإن شَرَط**) الكَفيلُ (**تَسليمَه**) أي تَسليمَ الْمَكفولِ عنه (**في وقتٍ بعَينه: أَحضَره فيه**) أي في ذلك الوقتِ (**إن طَلَبه**) أي الْمَكفولُ له في ذلك الوقتِ أو بعده؛ لأنه التَزَمه بالشَّرط في الكَفالة، فيَجِب عليه الوَفاءُ به، كالدَّين الْمُؤجَّلِ إذا طالَبه صاحِبُه عند حُلولِ الأَجَلِ أو بعده.

(**فإن أَحضَره**) أي فإن أَحضَر الكَفيلُ الْمَكفولَ عنه، إن[٢] طَلَبه الْمَكفولُ له فيها[٣] (**وإلا**) أي وإن لم يُحضِره (**حَبَسه الحاكِمُ**) لامتِناع[٤] ما وَجَب عليه، ولكن لا يَحبِسُه أوَّلَ مرّةٍ؛ لاحتِمال أنه ما عَرَف لماذا يُدعى، فيُمهِلُه حتى يَظهَرَ له مَطْلُه[٥]؛ لأنه جَزاءُ الظُّلمِ، وهو ليس بظالِمٍ قبل الْمُماطَلةِ.

---

(١) في (ب) و(هـ): أنح، وفي (ج) و(د): أنجي. ومعناها: أنا أعطي ذلك الشيء الذي لك على فلان. المصدر السابق.

(٢) في (ب) و(هـ): أي.

(٣) في (ب): فبها.

(٤) في (أ): لامتناع إيجاب ما وجب عليه. وعبارة «التبيين» ٤/ ١٤٨: لامتناعه عن إيفاء ما وجب عليه.

(٥) مطلت الحديدة مطلًا من باب قتل: مددتها وطولتها، وكل ممدود ممطول، ومنه: مطله بدينه مطلًا أيضًا: إذا سوفه بوعد الوفاء مرة بعد أخرى، وماطله مِطالًا من =

فلو غاب: أمهَله مُدّةَ ذَهابِه وإيابِه، فلو مَضَت ولم يُحضِره: حَبَسه.
وإن غاب ولم يُعلَم مَكانُه: لا يُطالِب به.

(فلو غاب) الْمَكفولُ بنَفسه (أَمهَله) الحاكِمُ (مُدّةَ ذَهابِه وإيابِه) أي رُجوعِه (فلو مَضَت) الْمُدّةُ[1] (ولم يُحضِره: حَبَسه) الحاكِمُ، إلا عند مالِكٍ: لو سافَر بَعيدًا لا من شأنه ذلك السَّفَرُ سَقَط طلَبُه، وفي «الإيضاح»: إذا ظَهَر عجزُه لا يُحبَس، إلا أنه لا يُحالُ بينه وبين الكَفيلِ، فيُلازِمُه ويُطالِبُه، ولا يحولُ بينه وبين أشغالِه.

(وإن غاب) الْمَكفولُ بنَفسه (و) الحالُ أنه (لم يُعلَم مَكانُه: لا يُطالِب) الكَفيلُ (به) أي بالْمَكفول بنَفسه بالإجماع؛ لأنه عاجِزٌ، وقد صَدَّقه الطّالبُ عليه.

وإن اختَلَفا، فقال الكَفيلُ: لا أعرِف مَكانَه، وقال الطّالبُ: (تَعرِف): يُنظَر.. فإن كانَت له خَرْجةٌ مَعروفةٌ يَخرُجُ إلى مَوضِعٍ مَعلومٍ للتِّجارة في كلِّ وقتٍ: فالقولُ قولُ الطّالبِ، ويُؤمَر الكَفيلُ بالذَّهاب إلى ذلك الْمَوضِعِ، وإن لم يُعرَف منه ذلك الْمَكانُ: فالقولُ قولُ الكَفيلِ؛ لأنه مُتمسِّكٌ بالأصل، وهو الجهلُ، وقِيل: لا يُلتفَت إلى قَول الكَفيلِ، ويَحبِسُه القاضِي إلى أن يَظهَرَ عجزُه.

وإن أقامَ الطّالبُ بَيِّنةً أنه في مَوضِعِ كذا: أُمِر الكَفيلُ بالذَّهاب إلى ذلك

= باب قاتل، والفاعل من الثلاثي ماطِل، ومَطُولٌ مبالغة، ومَطّال، ومن الرباعي مماطِل. «المصباح» ٢/ ٥٧٥.

(١) في (د): فلو مضت المدة أمهله الحاكم.

فإن سَلَّمه بحيث يَقدِر الْمَكفولُ له أن يُخاصِمَه، كمِصرٍ: بَرِئ.

الْمَوضِعِ وإحضارِه.

وكذا لو ارتدَّ ولَحِق بدار الحربِ لا تَسقُط الكَفالةُ، فيُؤجَّل الكَفيلُ مُدّةَ ذَهابِه ومَجيئِه[1].

وفي «الذَّخِيرة»: يُنظَر.. فإن كان الكَفيلُ قادِرًا على رَدِّه، بأن كان بيننا وبينهم مُواعَدةٌ[2] أن من لَحِق بهم مُرتدًّا يَرُدُّونه إلينا إذا طلَبْنا: يُمهَل الكَفيلُ قَدْرَ ذَهابِه ومَجيئِه، وإلا لا يُؤاخَذُ به.

ثم في كلِّ مَوضِعٍ قُلنا: إنه يُؤمَر بالذَّهاب إليه: للطّالِب أن يَستوثِقَ الكَفيلَ بكَفيلٍ آخرَ؛ حتى لا يَغيبَ الآخَرُ، فيَضيعَ حقُّه.

(فإن سَلَّمه) أي فإن سَلَّم الكَفيلُ الْمَكفولَ بنَفسه (بحيث) أي بمَكانٍ (يَقدِر الْمَكفولُ له أن يُخاصِمَه) أي أن يُخاصِمَ الْمَكفولَ بنفسه (كمِصرٍ) أي كما إذا سَلَّمه في مِصرٍ (بَرِئ) الكَفيلُ من الكَفالة؛ لأنه أتى بما الْتَزَمه؛ إذ لم يَلتزِم تَسليمَه إلا مرّةً واحِدةً، وسواءٌ كان التَّسليمُ غيرَ مَشروطٍ في وقتٍ، أو كان مَشروطًا فيه، فسَلَّمه في ذلك الوقتِ أو قبله.

---

(١) قال الكمال: ولم يفصل في المذهب بين المسافة البعيدة والقريبة، وللشافعي فيما إذا كانت مسافة القصر وجهان، أظهرهما لا يسقط الطلب، كما في دونها، والثاني يسقط؛ إلحاقًا بالغَيبة المنقطعة. اهـ شلبي ٤/ ١٤٩.

(٢) أي موادعة. اهـ، وبه عبر الكاكي، وقوله: مواعدة.. كذا بخط الشارح رَحِمَهُ ٱللَّهُ. شلبي ٤/ ١٤٩.

ولو شَرَط تَسليمَه في مَجلِس القاضِي: يُسلِّمُه ثَمَّ.
وتَبطُلُ بـ: مَوت الْمَطلوبِ، والكَفيلِ، ....

ثم التَّسليمُ يكونُ بالتَّخلِية بينه وبين الخصمِ، وذلك برَفع الْمَوانِع، فيقولُ له: هذا خصمُك، فأنت أعلَمُ بشأنه، فخُذه إن شِئتَ.

ثم لا يَخلو إما أن يُسلِّمَه بعد طلَبِه أوْ لا، فإن كان بعد طلَبِه: بَرِئ، وإن لم يَقُل: سَلَّمتُه إليك بحُكم الكَفالةِ، وإن سَلَّمه بغَير طلَبِه: فلا يَبرَأ حتى يقولَ: سَلَّمتُه إليك بجِهة الكَفالةِ.

(ولو شَرَط) الْمَكفولُ له (تَسليمَه) أي تَسليمَ الْمَكفولِ بنَفسه (في مَجلِس القاضِي: يُسلِّمُه) أي يُسلِّمُ الْمَكفولَ بنَفسه (ثَمَّ) أي في مَجلِس القاضِي؛ لأن الشَّرطَ مُقيَّدٌ، فيَلزَمُه على الوَجه الذي التَزَمه، وإن سَلَّمه في السُّوق بَرِئ، وقِيل: لا يَبرَأ، وهو قولُ زفرَ، وبه يُفتى في زَمانِنا.

وإن سَلَّمه في بَرِّيَّةٍ أو في سَوادٍ: لا يَبرَأ، وإن سَلَّمه في مِصرٍ آخرَ غيرِ الْمِصرِ الذي كَفَل فيه: بَرِئ عند أبي حنيفة، خِلافًا لهما والثَّلاثةِ، ولو سَلَّمه في السِّجن، وقد حَبَسه غيرُ الطّالبِ: لا يَبرَأ.

(وتَبطُلُ) الكَفالةُ بالنَّفس (بمَوت الْمَطلوبِ) وهو الْمَكفولُ بنَفسه؛ لأنه بَرِئ بمَوته، وبَراءتُه بَراءةُ الكَفيلِ، وعند مالِكٍ وبعضِ الشّافعيّةِ: يَلزَمُه ما عليه.

(و) بمَوت (الكَفيلِ) للعَجز؛ لأن التَّسليمَ لا يَتحقَّق منه، ووَرَثتُه لا يَقومُون مَقامَه؛ لأنهم يَخلُفونه في ما لَه لا فيما عليه، وما لَه لا يَصلُح لإيفاء هذا الحقِّ، وهو إحضارُ الْمَكفولِ به..

لا الطّالبِ.

وبَرِئ بـ: دَفْعه إليه، وإن لم يَقُل: إذا دفَعْتُه إليك فأنا بَريءٌ، وبتَسليم الْمَطلوبِ نفسَه من كَفالته، ....

بخِلاف الكَفيلِ بالمال إذا مات؛ لأن حُكمَه بعد موتِه مُمكِنٌ، فيُوَفَّى من ماله، ثم تَرجِعُ الوَرَثةُ على الْمَكفول عنه[1] إن كانَت الكَفالةُ بأمرِه، وإلا فلا.

(لا) تَبطُلُ بمَوت (الطّالبِ) وهو الْمَكفولُ له؛ لأن وَصِيَّه أو وارِثَه يَخلُفُه، فلا يَبطُل حقُّه.

(وبَرِئ) الكَفيلُ (بدَفْعه) أي بدَفْع الْمَكفولِ بنَفسه (إليه) أي إلى الْمَكفول له (وإن لم يَقُل) وقتَ التَّكفيلِ (إذا دفَعْتُه إليك فأنا بَريءٌ) لأن مُوجَبَ التَّسليمِ البَراءةُ، فيَثبُت به وإن لم يَنُصَّ عليها.

ولا بُدَّ من أن يقولَ: سَلَّمتُه إليك بحُكم الكَفالةِ، وإن لم يَقُل لا يَبرأ؛ لأن التَّسليمَ قد يكونُ بحُكم الكَفالةِ، أو استِعانةٍ، أو إجارةٍ، إلا إذا كان يَطلُبه، فحينَئذٍ لا يُحتاجُ فيه إلى أن يَنُصَّ؛ لتَقدُّم ما يَدُلُّ عليه، ولو سَلَّم الكَفيلُ الْمَكفولَ بنَفسه إلى الطّالِب، فأبى أن يَقبَلَه: يُجبَر على القَبول، ويُنزَّل قابِضًا بالتَّخلِية.

(و) بَرِئ الكَفيلُ أيضًا (بتَسليم الْمَطلوبِ) أي الْمَكفولِ بنَفسه (نفسَه) إلى الْمَكفول له (من كَفالته) يَعني: بتَسليمه بحُكم كَفالتِه؛ لأنه قد

---

(١) في (ب) و(د): المكفول له. وانظر «البحر» ٦/ ٢٣٠.

وبتَسليم وَكيلِ الكَفيلِ ورَسولِه.

فإن قال: إن لم أُوافِ به غدًا فهو ضامِنٌ لما عليه، فلم يُوافِ به، أو مات الْمَطلوبُ: ضَمِن المالَ.

يكونُ بغَير حُكمِ الكَفالةِ، فلا بُدَّ أن يقولَ: سَلَّمتُ نَفسي إليك بحُكم الكَفالةِ، على ما بَيّنّا.

(و) وبَرِئ الكَفيلُ أيضًا (بتَسليم وَكيلِ الكَفيلِ) الْمَكفولَ بنَفسه إلى الْمَكفول له؛ لأنه يقومُ مَقامَه (و) كذا بتَسليم (رَسولِه) أي رَسولِ الكَفيلِ؛ لأنه سَفيرٌ عنه، فيكونُ فِعلُه كفِعله.

ولكن شرطُ البَراءةِ أن يقولَ كلٌّ منهما: سَلَّمتُ إليك بحُكم الكَفالةِ، على ما ذكَرْنا، ولكن الشَّيخُ نَصَّ عليه في تَسليم الْمَطلوبِ فقط، وكذا نصَّ عليه في «فَتاوى» قاضِي خانَ، وفي «الْمَبسوط» نَصَّ عليه في الكَفيل ووَكيلِه ورَسولِه.

(فإن قال) الكَفيلُ (إن لم أُوافِ[1] به) أي بالْمَكفول بنَفسه (غدًا) أي في غدٍ (فهو ضامِنٌ لما عليه) أي لما على الْمَكفول بنَفسه (فلم يُوافِ) الكَفيلُ (به) أي بالْمَكفول بنَفسه في غدٍ حتى مَضى الغدُ (أو مات الْمَطلوبُ) أي الْمَكفولُ بنَفسه (ضَمِن) الكَفيلُ (المالَ) في الصُّورتَين؛ لأن الكَفالةَ بالمال مُعلَّقةٌ بشَرط عدَمِ الْمُوافاة، فإذا وُجِد الشَّرطُ لَزِم المالُ، ولا يَبرأ عن الكَفالة بالنَّفس؛ لأنها كانَت ثابِتةً قبل وُجوبِ

(١) في (أ) و(د): يواف، وفي (هـ): أوف.

ومَن ادَّعى على آخرَ مِائةَ دِينارٍ، فقال رجلٌ: إن لم يُوافِ به غدًا فعليه الْمِائةُ، فلم يُوافِ به غدًا: فعليه الْمِائةُ.

المالِ عليه، فلا تَنتَفي بوُجودها، وكذا يَلزَم المالُ بمَوت الْمَطلوبِ؛ لأن عدَمَ الْمُوافاةِ لا يَختلِف باختِلاف السَّبَب.

وعند الشّافعيِّ: الكَفالتان باطِلتان، أما الكَفالةُ بالنَّفس: فلا تجوزُ عنده، وقد بَيَّنّا، وأما الكَفالةُ بالمال: فلأنها مُعلَّقةٌ بشَرطٍ على خطَرٍ، وبه قال مالِكٌ، قُلنا: إن النّاسَ تَعامَلوه، والقِياسُ يُترَك بالتَّعامُل، كما في الاستِصناع، وبابُ الكَفالةِ أوسَعُ؛ لكَونه من التَّبرُّعات.

فإن قُلتَ: إذا مات الكَفيلُ في هذه الْمَسألةِ كيف يكونُ الحُكمُ؟

قُلتُ: قد ذَكَر قاضِي خانَ في «فَتاواه» أن وارِثَه بمَنزِلة الكَفيلِ، إن دَفَعه إلى الطّالِب بَرِئ، وإن لم يَدفَعه حتى مَضى الوقتُ كان المالُ على الوارِث، يَعني: من تَركة الميِّتِ، ولو مات الطّالِبُ، فدَفَع الكَفيلُ الْمَكفولَ بنَفسه إلى وارِث الطّالبِ في الوَقت: بَرِئ، وإن لم يَدفَعه حتى مَضى الوقتُ: لَزِمه المالُ.

(**ومَن ادَّعى على آخرَ مِائةَ دِينارٍ، فقال رجلٌ: إن لم يُوافِ به**) أي بالْمُدَّعى عليه (**غدًا فعليه**) أي فعليَّ (**الْمِائةُ**) والضَّميرُ يَرجِع إلى الرَّجُل (**فلم يُوافِ**) الرَّجُلُ (**به**) أي بالْمُدَّعى عليه (**غدًا**) حتى مَضى (**فعليه**) أي فعلى الرَّجُل (**الْمِائةُ**) وهي مِائةُ دِينارٍ التي ادّعَى بها عندهما.

ولا فرقَ بين أن يُبيِّنَ الْمِائةَ أو لم يُبيِّنها، بأن ادَّعى رجلٌ على آخرَ فقال: لي عليك حقٌّ، ولم يَدَّعِ عليه مالًا مُقدَّرًا، فقال رجلٌ آخرُ:

ولا يُجبَر على الكَفالة بالنَّفس في: حدٍّ، وقوَدٍ.

دَعْه، فأنا كَفيلٌ بنَفسه، فإن لم أُوافِك[1] به غدًا فعليَّ مِائةُ دِينارٍ، فادَّعى المُدَّعي وأثبَتها: لَزِم الكَفيلَ.

وقال محمدٌ: إن لم يُبيِّنها حتى تكفَّلَ، ثم ادَّعى بعد ذلك: لم يُلتفَت إليه في دَعواه؛ لأنه عَلَّق مالًا مُطلَقًا بخطَرٍ، ولأنه لم تَصِحَّ الدَّعوى من غَير بَيانٍ، فلم يَجِب إحضارُ النَّفسِ، وإذا لم يَجِب لا تَصِحُّ الكَفالةُ بالنَّفس، فلا تَصِحُّ الكَفالةُ بالمال؛ لأنه بِناءٌ عليه، بخِلاف ما إذا بَيَّن.

ولهما: أن المالَ ذُكِر مُعرَّفًا، فيَنصرِفُ إلى ما عليه، والعادةُ جَرَت بالإجمال في الدَّعاوى، فيَصِحُّ على اعتِبار البَيانِ، فإذا بَيَّن التَحَق البَيانُ بأصل الدَّعوى، فتَتبيَّن صِحَّةُ الكَفالةِ الأُولى، فيَترتَّب عليها الثَّانيةُ.

(ولا يُجبَر على الكَفالة بالنَّفس في حدٍّ) أيَّ حدٍّ كان (وقوَدٍ) أي قِصاصٍ، عند أبي حنيفة، وقالا: يُجبَر في حدِّ القذفِ والقِصاصِ، وفي غَيرهما من الحُدود لا يُجبَر[2]، ....

---

(١) في (هـ): يوافك. وانظر «التبيين» ٦/ ٢٣٣.

(٢) ذكر الشيخ الإمام علاء الدين الإسبيجابي في أول كتاب الكفالة من شرح كتاب «الكافي»: أن الكفالة بنفس مَن عليه حد القذف وحد السرقة ومن عليه القصاص في النفس وما دون النفس: تصح، إنما الخلاف في الجبر على إعطاء الكفيل في الحدود، لا يجبر بالإجماع، وفي القصاص لا يجبر عند أبي حنيفة، وعند صاحبيه: يجبر، وقال في «الشامل» في قسم المبسوط: وفي القصاص وحد القذف والسرقة جازت الكفالة بالنفس، ولا تجوز الكفالة بنفس الحد، وقال =

....

ولو سمَحَت به نفسُه[1] من غَير طلَبٍ: يجوزُ بالاتِّفاق، لهما: أن حدَّ القذفِ مُشتمِلٌ على حقِّ العبدِ، والقِصاصُ خالِصُ حقِّ العِبادِ، فيُجبَرُ، وله: قولُه عَلَيْهِ الصَّلَاةُ وَالسَّلَامُ: «لا كَفالةَ في حدٍّ»[2] مُطلَقًا.

وألحَق التُّمُرتاشيُّ حدَّ السَّرِقةِ بحدِّ القذفِ والقِصاصِ في جَواز التَّكفيلِ بنَفسِ مَن عليه بالإجماع، وفي الإجبار عليه عندهما.

= في «الشامل» أيضًا في أواخر كتاب الكفالة من قسم المبسوط: لا تجوز كفالة في قصاص وحد، ويقول القاضي لمدعي القذف: الزمه إلى قيامي إن كانت بينتك حاضرة، عند أبي حنيفة، وعندهما: يأخذ كفيلًا ثلاثة أيام، ثم قال: والخلاف في أمر القاضي بإعطائه لا في الصحة، فإنه لو كفل إنسان صح، وذكر أبو الحسن الكرخي: أن الكفالة بالنفس في الحدود والقصاص جائزة في قولهم إذا بذلها المطلوب بنفسه.

ولكن هل للقاضي أن يأمره بالكفيل إذا طلب الخصم؟ قال أبو حنيفة: لا يأخذ القاضي منه كفيلًا، ولكن يحبسه حتى تقام عليه البينة، أو يستوفي، كذا ذكر في «التحفة»، ثم لا يحبسه القاضي حتى يشهد شاهدان مستوران أو شاهد عدل يعرفه القاضي، فيشهد أنه زنى أو قتل، فيحبسه القاضي حينئذٍ لثبوت التهمة بأحد شطري الشهادة من العدد والعدالة، حتى يشهد عليه الشهود العدول. اهـ شلبي ٤/ ١٥١.

(١) أي لو تبرع بإعطاء الكفيل وسامح في ذلك نفس المطلوب، وبذل الكفيل بنفسه في القصاص وحد القذف والسرقة: صحت الكفالة بالإجماع؛ لأنه التزم تسليم النفس، وتسليم النفس واجب. اهـ «غاية». انتهى شلبي ٤/ ١٥١.

(٢) رواه ابن عدي في «الكامل» ٦/ ٤١، والإسماعيلي في «معجم شيوخ الإسماعيلي» ١/ ٤١٣، والبيهقي (١١٤١٧)، وانظر «نصب الراية» ٤/ ٥٩.

ولا يُحبَسُ فيهما، حتى يَشهَدَ شاهِدانِ مستورانِ، أو عَدْلٌ.

وليس تَفسيرُ الجبرِ عندهما هنا أن يُجبَرَ بالحَبس وغيرِه من العُقوبة، لكن يَأمُرُه بالْمُلازَمة[1]، ويدورُ معه حيث دار، وإذا أرادَ دُخولَ دارِه استَأذَنه، فإن أَذِن له دَخَل معه، وإن لم يَأذَن له مَنَعه من الدُّخول، وأجلَسه في باب الدّارِ؛ كي لا يَغيبَ بالخُروج من مَوضِعٍ آخرَ.

(ولا يُحبَسُ) الْمَطلوبُ (فيهما) أي في الحدِّ والقِصاصِ (حتى يَشهَدَ شاهِدان مَستوران، أو) يَشهَدَ واحِدٌ (عَدْلٌ) يَعرِفه القاضِي بالعَدالة؛ لأن الحبسَ هنا لتُهَمة الفَسادِ، وشَهادةُ الْمَستورَين تَصلُح للحُكم به، فتَصلُحُ لإثبات التُّهَمةِ، وخبَرُ الواحِدِ حُجّةٌ في الدِّيانات والْمُعامَلاتِ، فيَثبُت بشَهادة الواحِدِ؛ للتُّهَمة، وإن لم يَثبُت به أصلُ الحقِّ.

والحبسُ بتُهَمة الفَسادِ مَشروعٌ؛ لأنه عَلَيهِ الصَّلاةُ والسَّلامُ حَبَس رجلًا بتُهَمةٍ[2]، بخِلاف دَعوى الأموالِ؛ حيث لا يُحبَس فيه ما لم يَثبُت، وعنهما[3]: أنه لا يُحبَس في الحُدود والقِصاصِ أيضًا؛ لحُصول الْمَقصودِ، وهو الاستيثاقُ بالكَفالة.

وفي «الأجناس»: في التَّعزير لا يَحبِس حتى يَسأَلَ عن عَدالة الشُّهودِ،

---

(١) ليس المراد بالملازمة المنع من الذهاب؛ لأنه حبس، لكن يذهب الطالب مع المطلوب فيدور معه أينما دار، كي لا يتغيب. اهـ شلبي ٤/ ١٥٢.

(٢) رواه الإمام أحمد (٢٠٠١٩)، وأبو داود (٣٦٣٠)، والترمذي (١٤١٧)، والنسائي (٤٨٧٦) وفي الأخيرين: ثم خلى عنه.

(٣) في (هـ): عندهما.

وتَصِحُّ الكَفالةُ بالمال، ولو مَجهولًا، إذا كان دَينًا صَحيحًا، بـ: كَفَلتُ

وتُقبَلُ فيه الشَّهادةُ على الشَّهادة، والشَّهادةُ من النِّساء مع الرِّجالِ، ويجوزُ فيه العفوُ، وتَصِحُّ فيه الكَفالةُ، وهو حقُّ الآدَميِّ.

وفي «نَوادِر»[1] أبي يوسف رِوايةِ[2] ابنِ سَماعةَ: في الذي يَجمَعُ الخمرَ ويَشرَبُه، ويَترُكُ الصَّلاةَ: أَحبِسُه وأُؤدِّبُه، ثم أُخرِجُه، ومن يُتَّهَمُ بالقَتل، والسَّرِقةِ، وضربِ النّاسِ: فإنِّي أَحبِسُه وأُخلِّدُه في السِّجن، إلا أن يَتوبَ؛ لأن شرَّ هذا على النّاس، وشرَّ الأوَّلِ على نَفسه.

ولما فَرَغ عن بَيان الكَفالةِ بالنَّفس شَرَع في بَيان الكَفالةِ بالمال فقال:

(وتَصِحُّ الكَفالةُ بالمال) وهو عطفٌ على قَوله: (وتَصِحُّ بالنَّفس) في أوَّل الكِتابِ، وقولُه: (ولو) كان المالُ (مَجهولًا) واصِلٌ بما قبله؛ لأن مَبناها على التَّوسِعة، فيجوزُ مُطلَقًا، وعند الشّافعيِّ في الأصحّ، وأحمدَ في رِوايةٍ: لا تَصِحُّ في الْمَجهول، ويَأتي الآنَ صورتُه.

وقَيَّد بقَوله: (إذا كان) الذي تكفَّل به (دَينًا صَحيحًا) احترازًا عن بَدَل الكِتابةِ، فإن الكَفالةَ به لا تجوزُ؛ لأنه ليس بدَينٍ صَحيحٍ؛ ألا تَرى أن الْمُكاتَبَ يَملِك إسقاطَه.

والباءُ في قَوله: (بـ: كَفَلتُ) يَتعلَّق بالْمَحذوف، أي تَصِحُّ الكَفالةُ

---

(١) في (ب) و(هـ): وفي رواية.
(٢) في (أ) و(ج): برواية.

عنه بألف، وبما لَكَ عليه، وبما يُدرِكُك في هذا البيعِ، وما بايَعتَ فُلانًا فعليَّ، وما ذاب لك عليه فعليَّ، وما غَصَبك فُلانٌ فعليَّ.

بالمال بقَوله: كَفَلتُ (عنه) أي عن فُلانٍ (بألف) دِرهَمٍ، هذا مِثالُ الْمَعلومِ.

(و) وتَصِحُّ أيضًا بقَوله: كَفَلتُ عنه (بما لَكَ) أي بالذي ثَبَت لك (عليه) أي على فُلانٍ، هذا مِثالُ الْمَجهولِ.

(و) تَصِحُّ أيضًا بقَوله: كَفَلتُ عنه (بما يُدرِكُك في هذا البيعِ) يَعني: إذا استُحِقَّ الْمَبيعُ في يَد الْمُشتَري، ولَزِمه غَرامةُ الثَّمَن.

(و) تَصِحُّ أيضًا بقَوله: (ما بايَعتَ فُلانًا فعليَّ، و) بقَوله: (ما ذاب) أي ما ظَهَر ووَجَب (لك عليه) أي على فُلانٍ (فعليَّ، و) بقَوله: (ما غَصَبك فُلانٌ فعليَّ).

وإنما قَيَّد بذِكر الْمَكفولِ له والْمَكفولِ عنه: لأنه إذا كان أحَدُهما مَجهولًا لا تَصِحُّ الكَفالةُ، فقال في «شَرح الطَّحاويّ»: ولو قال لرجلٍ: (ما ذاب لك على أحدٍ من النّاس فهو عليّ): فإنه لا يَصِحُّ؛ لجَهالة الْمَضمونِ عنه، وكذلك لو قال: (ما ذاب عليك لأحدٍ من النّاس فهو عليّ): فإنه لا يَصِحُّ؛ لجَهالة الْمَضمونِ له.

وفي «نَوادِر» هِشامٍ عن محمدٍ: لو قال لآخرَ: ما غَصَبك فُلانٌ، أو (ما سَرَقك، فإنّي له ضامِنٌ): جاز ذلك الضَّمانُ، ولو قال: (ما غَصَبك أهلُ هذه الدّارِ فأنا له ضامِنٌ): فهو باطِلٌ حتى يُسمّيَ إنسانًا بعَينه.

وطالَب الكَفيلَ أو الْمَديونَ، إلا إذا شَرَط البَراءةَ، فحينَئذٍ تكونُ حَوالةً، كما أن الحَوالةَ بشَرط أن لا يَبرَأَ بها الْمُحيلُ: كَفالةٌ.

وفي «الْمُجرَّد»: قال أبو حنيفة: لو قال رجلٌ لرجلٍ: ما بايَعْتَ فُلانًا فعليّ، فبايَعه مرّةً بعد مرّةٍ: يَلزَمُه ثمَنُ ما بايَعه في أوَّل مرّةٍ، ولا يَلزَمُه ما بايَعه بعده.

وفي «نَوادِر» أبي يوسف رِوايةِ[1] ابنِ سَماعةَ: يَلزَمُه كلُّه، وفي «الخُلاصة»: رجلٌ قال للمُودَع: (إن أتلَف الْمُودَعُ وَديعتَك، أو جَحَد.. فأنا ضامِنٌ لك): صحّ، ولو قال: (إن قَتَلك أو ابنَك فُلانٌ خطأً فأنا ضامِنٌ للدِّية): صحّ، بخِلاف قولِه: إن أكَلك سَبُعٌ. انتهى.

وإذا كان الأمرُ كذلك (وطالَب) الْمَكفولُ له (الكَفيلَ) إن شاء (أو) طالَب (الْمَديونَ) أو طالَب كِليهما جَميعًا؛ لأنه مُوجَبُ الكَفالةِ؛ إذ هي تُنبِئ عن[2] الضَّمّ، وذلك يَقتَضي بَقاءَ الأوَّلِ لا البَراءةَ..

(إلا إذا شَرَط) الْمَديونُ **(البَراءةَ، فحينَئذٍ تكونُ)** الكَفالةُ **(حَوالةً)** فلا يُطالَبُ الأصيلُ إلا بالتَّوى عندنا، خِلافًا للشّافعيّ، والتَّوى أحدُ الأمرَين، أو أحدُ الأُمورِ الثَّلاثةِ، على ما يجيءُ إن شاء اللهُ تَعالى.

(كما أن الحَوالةَ) وهي: نقلُ دَينٍ من ذِمّةٍ إلى ذِمّةٍ **(بشَرط أن لا يَبرَأَ بها)** أي بالحَوالة **(الْمُحيلُ)** وهو الْمَديونُ **(كَفالةٌ)** فحينَئذٍ للطالب أن

---

(١) في (أ): برواية.

(٢) في (ز) و(ح): تبنى علي. وانظر «التبيين» ٤/ ١٥٣.

ولو طالَب أحَدَهما: له أن يُطالِبَ الآخرَ.

ويَصِحُّ تَعليقُ الكَفالةِ بشَرطٍ مُلائِمٍ، كشَرط وُجوبِ الحقِّ، كـ: إن استُحِقَّ الْمَبيعُ، أو لإمكان الاستِيفاءِ، كـ: إن قَدِم زيدٌ، وهو مَكفولٌ عنه، أو لتَعذُّره، كـ: إن غاب عن الْمِصر.

يطالب الكفيلَ أو الْمُحيلَ؛ لأنه كَفالةٌ، فيَتخيَّر في طَلَب أيِّهما شاء، وهو مَعنى قولِه:

(ولو طالَب) أي الأصيلُ (أحَدَهما) أي الأصيلَ والكفيلَ (له أن يُطالِبَ الآخرَ) لأنه مُقتضى الكَفالةِ، بخِلاف الْمَغصوبِ منه إذا اختارَ أحدَ الغاصِبَين؛ لأن اختِيارَه أحدَهما يَتضمَّن التَّمليكَ منه عند قَضاءِ القاضِي به، فلا يُمكِنُه التَّمليكُ من الآخَر بعد ذلك.

(ويَصِحُّ تَعليقُ الكَفالةِ بشَرطٍ مُلائِمٍ) أي مُوافِقٍ، وهو أن يكونَ الشَّرطُ سبَبًا لوُجوبه (كشَرط وُجوبِ الحقِّ، كـ إن استُحِقَّ الْمَبيعُ) أي كقَوله: إن استُحِقَّ الْمَبيعُ مُستحِقٌّ فعليَّ الثَّمَن، فإن استِحقاقَ الْمَبيعِ شرطُ وُجوبِ الحقِّ في ذِمّته، وجاز التَّعليقُ به؛ لِمُلائَمته الشَّرطَ.

(أو) كشَرطِ (لإمكان الاستِيفاءِ، كـ إن قَدِم زيدٌ) أي كقَوله: إن قَدِم زيدٌ فعليَّ ما عليه من الدَّين، وهو مَعنى قولِه: (وهو) أي زيدٌ (مَكفولٌ عنه) والواوُ للحال (أو) كشَرطِ (لتَعذُّره) أي لتَعذُّر الاستِيفاءِ (كـ إن غاب) أي كقَوله: إن غاب زيدٌ (عن الْمِصر) فعليَّ ما عليه من الدَّين، فهذه جُملةُ الشُّروطِ التي يجوزُ تَعليقُ الكَفالةِ بها.

ولا يَصِحُّ بنَحو: إن هَبَّت الرِّيحُ، فإن جُعِل أجَلًا: تَصِحُّ الكَفالةُ، ويَجِب المالُ حالًّا.

(**ولا يَصِحُّ**) تَعليقُ الكَفالةِ (**بنَحو: إن هَبَّت الرِّيحُ**[1]) أو إن نَزَل المطَرُ؛ لأنه تَعليقٌ بالخَطَر، فلا يَصِحُّ، كالبَيع، وذَكَر في «الهِداية» و«الكافِي»: أنه إن عَلَّق به تَصِحُّ الكَفالةُ، ويَجِب المالُ حالًّا[2]، وهذا سهوٌ؛ لأن الحُكمَ فيه أن التَّعليقَ لا يَصِحُّ، ولا يَلزَمُه المالُ؛ لأن الشَّرطَ غيرُ مُلائمٍ[3]، فصار كما لو عَلَّقه بدُخول الدّارِ ونحوِه مما ليس بمُلائِمٍ.

نعم! لو جُعِل الأجَلُ في الكَفالة إلى هُبوب الرِّيحِ ونحوِه: لا يَصِحُّ التَّأجيلُ، ويَجِب المالُ حالًّا، أشارَ إليه بقَوله:

(**فإن جُعِل**) أي نحوُ: إن هَبَّت الرِّيحُ (**أجَلًا**) في الكَفالة (**تَصِحُّ الكَفالةُ، ويَجِب المالُ حالًّا**) لأن الكَفالةَ لما صحَّ تَعليقُها بالشَّرط لم

---

(١) قال الشلبي ٤/ ١٥٤: اعلم أن نسخ المتن قد اختلفت في هذا الموضع، ففي نسخة وعليها شرح الزيلعي رَحِمَهُ ٱللَّهُ كما شاهدته في خطه هكذا: ولا يصح بنحو إن هبت الريح، فتصح الكفالة ويجب المال حالًا، وعلى هذه النسخة يكون ما نسبه الزيلعي من السهو لـ «الهداية» و«الكافي» منسوبًا لعبارة «الكنز»، والذي في غالب نسخ المتن وجرى عليه جمع من الشراح هكذا: ولا يصح بنحو إن هبت الريح، فإن جُعِل أجلًا تصح الكفالة ويجب المال حالًا، ولا سهو في عبارة «الكنز» على هذا.

(٢) صاحب «الهداية» قلد صاحب «المبسوط» في هذا الاستعمال، فإنه ذكر فيه التعليق وأراد به التأجيل، بجامع أن في كلٍّ منهما عدمَ ثبوت الحكم في الحال. اهـ «دراية». شلبي ٤/ ١٥٤.

(٣) في (هـ): غير لازم.

فإن كَفَل بما له عليه، فبَرْهَن على ألفٍ: لَزِمه، وإلا صُدِّق الكَفيلُ فيما أقَرَّ به بحَلِفه.

ولا يُنفَّذ قولُ المَطلوبِ على الكَفيل، ....

تَبطُل بالشَّرط الفاسِدِ، كالطَّلاق والعَتاقِ، وكذلك الكَفالةُ بالنَّفس يجوزُ تَعليقُها بشَرطٍ مُلائمٍ، كالكَفالة بالمال في جَميع ما ذكَرْنا، ولا يجوزُ تَعليقُها بشرطٍ غيرِ مُلائِمٍ.

ويجوزُ تَأجيلُها إلى أجَلٍ مَعلومٍ، والجَهالةُ اليَسيرةُ فيها مُتحمَّلةٌ[1]، كالتَّأجيل إلى القطاف[2] وقُدومِ الحاجِّ، ولا يجوزُ إلى هُبوب الرِّيحِ أو نُزولِ المطَرِ، فإن أجَّله إليه بَطَل الأجَلُ، ولَزِمه تَسليمُ النَّفسِ حالًا.

(**فإن كَفَل**) رجلٌ (**بما**) أي بالذي[3] (**له**) أي لزيدٍ مثلًا (**عليه**) أي على عَمروٍ مثلًا (**فبَرْهَن**) أي زيدٌ، أي أقامَ بَيِّنةً (**على ألفٍ**) أي على أن له ألفَ دِرهَمٍ (**لَزِمه**) أي الكَفيلَ؛ لأن الثّابتَ بالبَيِّنة كالثّابِت عِيانًا (**وإلا**) أي وإن لم يُقِم بَيِّنةً (**صُدِّق الكَفيلُ فيما أقَرَّ به**) قَليلًا كان أو كَثيرًا (**بحَلِفه**) أي بيَمينه؛ لأنه مُنكِرٌ للزِّيادة التي يَدَّعيها الطّالبُ، والقولُ قولُ الْمُنكِرِ مع يَمينِه.

(**ولا يُنفَّذ**) بالتَّشديد (**قولُ الْمَطلوبِ**) وهو الْمَكفولُ عنه (**على الكَفيل**) يَعني: إذا أقَرَّ الْمَطلوبُ بأكثرَ مما أقَرَّ به الكَفيلُ: لا يَسري كَلامُه

---

(١) في (أ): محتملة، وفي (ب) و(د): تتحمله.

(٢) في سوى (ز) و(ح): العطاء. وانظر «التبيين» ٤/ ١٥٤.

(٣) في (ب) و(هـ): بالدين.

فإن كَفَل بأَمره: رَجَع الكَفيلُ بما أدّى عليه، ....

على الكَفيل؛ لعَدَم وِلايتِه عليه؛ لأن الإقرارَ على الغَير لا يَنفُذ إلا عن وِلايةٍ[1].

وهذا بخِلاف ما إذا قال: ما ذاب لك على فُلانٍ فعليَّ، فأقرَّ فُلانٌ على نَفسه بألفٍ مثلًا، فأنكر الكَفيلُ ما أقرَّ به؛ حيث يَلزَمُه ما أقرَّ به الْمَطلوبُ استِحسانًا، والقِياسُ أن لا يَلزَمَه شيءٌ، ولكن تكفَّل بما تَقرَّر عليه في الْمُستقبَل، وقد تَقرَّر عليه بإقرارِه، وههنا تَكفَّل بما عليه في الحال، فإذا أَخبَر الطّالبُ أو الْمَطلوبُ بما عليه كان مُتَّهَمًا، فلا يُصدَّق إلا ببيِّنةٍ، ويُصدَّق الْمَطلوبُ في حقِّ نفسِه؛ لإقرارِه عليه.

(**فإن كَفَل بأَمره**) أي بأمر الْمَطلوبِ (**رَجَع الكَفيلُ بما أدّى عليه**) أي على الْمَطلوب؛ لأنه قَضى دَينًا عليه بأمره، مَعناه: إذا أدّى ما ضَمِن، أما إذا أدّى خِلافَه، بأن كان الدَّينُ الْمَكفول[2] به جَيِّدًا، فأدّى رَديئًا،

---

(١) قال الإتقاني: أما إذا عَجَز الطالب عن البينة: فالقول قول الكفيل في مقدار ما أقر به؛ لأنه مال مجهول لزمه بقوله، فكان القول قوله، كما إذا أقر بشيء مجهول، وإنما اعتبر قول الكفيل مع اليمين: لأن مَن جَعَل القول قوله فيما كان هو خصمًا فيه، والشيء مما يصح بذله، كان القول مع يمينه، كالمدعى عليه بالمال، وأما إذا أقر المكفول عنه بأكثر مما يعترف به الكفيل لم يصدق في أكثر على الكفيل؛ لأن إقرار المكفول عنه تضمن شيئين: أحدهما: على نفسه، والآخر على الكفيل، فيصدق في إقراره على نفسه؛ لأن له ولايةً على نفسه، ولا يصدق على الكفيل؛ لعدم ولايته عليه... إلخ. شلبي ٤/ ١٥٤.

(٢) في (ب) و(د): للمكفول. وانظر «التبيين» ٤/ ١٥٥.

....

أو بالعَكس: يَرجع بالمال الْمَكفولِ به لا بما أدّى؛ لأنه مَلَك الدَّينَ بالأداء، فنَزَل مَنزِلةَ الطّالبِ..

كما إذا مَلَكه بالهِبة أو بالإرث، بأن مات الطّالبُ والكَفيلُ وارِثُه، أو وَهَبه له حالَ حَياتِه[1]، وهي جائِزةٌ للكَفيل، وإن كانَت لا تجوزُ لغَير مَن عليه الدَّينُ؛ لأنه يُنقَل إليه الدَّينُ بمُقتضى الهِبةِ ضَرورةً، وله نقلُه بالحَوالة..

بخِلاف الْمَأمورِ بقَضاء الدّين؛ حيث يَرجع بما أدّى إن أدّى أردأ من الدَّين، وإن أدّى أجوَدَ منه لا يَرجِع إلا بالدَّين؛ لأنه لم يَلتزِم، ولم يَجِب عليه شيءٌ في ذِمّته، وإنما يَثبُت له حقُّ الرُّجوعِ بالأداء بأمره، ولهذا لو وَهَب له الدَّينَ لا يَملِكه، فيَرجِعُ عليه بما أدّى، ما لم يُخالِف أمرَه بالزِّيادة أو بأداء جِنسٍ آخرَ..

وبخِلاف ما إذا صالَح على أقلَّ من الدَّين، وهو من جِنسه؛ حيث لا يَرجِع إلا بقَدْر ما أدّى، إلا إذا صالَحه على أن يَهَبَه الباقِيَ، ففَعَل، فحينَئذٍ يَرجِع عليه بجَميعه؛ لأنه مَلَك الدَّينَ كلَّه، بعضَه بالأداء، وبعضَه بالهِبة.

---

(١) يعني إذا وهب المكفول له للكفيل المال المكفول به: يرجع الكفيل على المكفول عنه بالمكفول به، وكتب ما نصه: قال في «شرح الطحاوي»: ولو وهب الدين له أو تصدق عليه يحتاج إلى القبول، فإذا قبل كان له أن يرجع على الأصيل، كما إذا أدى. اهـ إتقاني. اهـ شلبي ٤/ ١٥٥.

وإن كَفَل بغَير أمرِه: لم يَرجع.
ولا يُطالِبُ الأصيلَ بالمال قبل أن يُؤدِّيَ عنه، فإن لُوزِم: لازَمه.
وبَرِئ الكَفيلُ بـ: أَداء الأصيلِ.

(**وإن كَفَل بغَير أمرِه**) أي بغَير أمرِ المَطلوبِ (**لم يَرجع**) عليه؛ لأنه مُتبرِّعٌ بأدائِه، وعند مالِكٍ وأحمدَ في رِوايةٍ: يَرجع.

(**ولا يُطالِبُ**) الكَفيلُ (**الأصيلَ**) وهو المَكفولُ عنه (**بالمال**) المَكفولِ به (**قبل أن يُؤدِّيَ**) الكَفيلُ المالَ (**عنه**) أي عن الأصيل؛ لأنه يَتملَّك الدَّينَ بالأداء، فلا يَرجِع قبل التَّملُّكِ[1]، بخِلاف الوَكيلِ بالشِّراء؛ حيث يَرجِعُ قبل الأداءِ؛ لأنه من المُوكِّل بمَنزِلة البائعِ من المُشتَري فيما يَرجع إلى الحُقوق.

(**فإن لُوزِم**) الكَفيلُ من جِهة الطَّالبِ (**لازَمه**) أي لازَم هو الأصيلَ أيضًا حتى يُخلِّصَه، وكذا إذا حُبِس له أن يَحبِسَه؛ لأنه من جِهَته[2].

(**وبَرِئ الكَفيلُ**) عن المُطالَبة بالمال (**بأداء الأصيلِ**) لأن بَراءتَه تُوجِب

(١) في (أ) و(د) و(هـ): التمليك.
(٢) اعلم أن الكفيل بالأمر إذا طولب: طالب الأصيل، وإذا حُبس حَبَسه، وإذا أدى: رجع عليه إذا لم يكن على الكفيل دين مثله للمكفول عنه، وأما إذا كان عليه دين مثله للمكفول عنه: فليس للكفيل ملازمة الأصيل، ولا له أن يحبِّسه إذا حُبس، ولا له أن يرجع عليه إذا أدى، ولكنه يسقط عنه دين المكفول عنه، كذا في «شرح الطحاوي»، هذا كله إذا كانت الكفالة بأمرِ مَن عليه، أما إذا كانت الكفالة بغير أمر: فليس للكفيل الرجوع والمطالبة والحبس للأصيل؛ لأن الكفيل متبرع. اهـ إتقاني. شلبي ٤/١٥٦.

ولو أَبرَأ الأصيلَ، أو أَخَّر عنه: بَرِئَ الكَفيلُ، وتَأخَّر عنه، ....

بَراءةَ الكَفيلِ[1].

(ولو أَبرَأ) الطَّالبُ (الأصيلَ) وهو المَطلوبُ (أو أَخَّر) الطَّالبُ (عنه) أي عن الأصيل، بأن أجَّل دَينَه (بَرِئَ الكَفيلُ) في الصُّورة الأُولى (وتَأخَّر) الدَّينُ (عنه) أي عن الكَفيل، يَعني: يَتأجَّل في حقِّه أيضًا؛ لأنه ليس عليه

---

(١) قوله: (وبراءته توجب براءة الكفيل) أي لأن الكفالة لا تكون إلا فيما يكون مضمونًا على الأصيل، وقد سقط الضمان على الأصيل بالأداء أو الإبراء، فيسقط عن الكفيل أيضًا؛ لأن وجوب الضمان على الكفيل فرع وجوب الضمان على الأصيل، ولم يبق ذلك، فلا يبقى هذا. اهـ إتقاني.

قال الإتقاني: وجملة القول هنا ما قال في «شرح الطحاوي»: وإذا أبرأ المكفول له المطلوب عن الدين، وقَبِل ذلك: برئ الأصيل والكفيل جميعًا؛ لأن براءة الأصيل توجب براءة الكفيل، وبراءة الكفيل لا توجب براءة الأصيل، إلا أنه إذا أبرأ الأصيل يشترط في ذلك قبوله، أو يموت قبل القبول والرد، وقام ذلك مَقام القَبول، ولو رده ارتد، ودين الطالب على حاله.

واختلف مشايخنا في ذلك أن الدين هل يعود إلى الكفيل أم لا؟ قال بعضهم: يعود، وقال بعضهم: لا يعود، ولو أبرأ الكفيل صح الإبراء قبِل أو لم يقبل، ولا يرجع على الأصيل، ولو وهب الدين له أو تصدق عليه يحتاج إلى القَبول، فإذا قَبِل: كان له أن يرجع على الأصيل كما إذا أدى، وفي الكفيل حكم إبرائه والهبة يختلف في الإبراء لا يحتاج إلى القبول، وفي الهبة والصدقة يحتاج إلى القبول، وفي الأصيل يتفق حكم إبرائه في الهبة والصدقة، فيحتاج إلى القبول في الكل.

ولو كان الإبراء والهبة والصدقة بعد موته، فقبل ورثته: صح، ولو رد ورثته: ارتد ويبطل الإبراء عند أبي يوسف؛ لأن الإبراء بعد الموت إبراء للورثة، وقال محمد: يرتد بردهم، كما لو أبرأهم في حال حياته ثم مات. إلى هنا لفظ الإمام الإسبيجابي في «شرح الطحاوي». اهـ شلبي ٤/١٥٦ بتقديم وتأخير.

ولا يَنعكِس.

ولو صالَح أحَدُهما ربَّ المالِ عن الألف على نِصفه: بَرِئا.

إلا الْمُطالَبةُ، وهي تبَعٌ للدَّين، فتَسقُط بسُقوطه، وتَتأخَّر بتَأخُّره.

(**ولا يَنعكِس**) أي الحُكمُ الْمَذكورُ، وهو أن بَراءةَ الكَفيلِ لا تُوجِب بَراءةَ الأصيلِ، ولا تَأخيرُه عنه يُوجِب التَّأخيرَ عن الأصيل؛ لأنه ليس عليه دَينٌ، وإسقاطُ الْمُطالَبةِ أو تَأخيرُ الدَّينِ لا يُوجِب سُقوطَه.

(**ولو صالَح أحَدُهما**) أي الأصيلُ أو الكَفيلُ (**ربَّ المالِ عن الألف**) الذي هو دَينٌ (**على نِصفه**) أي على نِصف الألفِ، وهو خَمسُمائة دِرهَمٍ (**بَرِئا**) أي الأصيلُ والكفيلُ..

أما إذا صالَح الأصيلُ: فظاهِرٌ؛ لأنه بالصُّلح يَبرَأ، وبَراءتُه تُوجِب بَراءةَ الكَفيلِ، وأما إذا صالَح الكَفيلُ: فلأن إضافةَ الصُّلحِ إلى الألف إضافةٌ إلى ما على الأصيل، فَيَبرأُ الأصيلُ ضَرورةً، فبَراءتُه تُوجِب بَراءةَ الكَفيلِ، فإذا بَرِئا عن خَمسمائةٍ .. فإن أدّى الكَفيلُ الخَمسَمائةِ الباقِيةَ رَجَع على الأصيل بها إن كان بأمره، وإلا فلا يَرجع.

وهذه الْمَسألةُ على أربَعة أوجُهٍ: إما أن يَذكُرا في الصُّلح بَراءتَهما، فيَبرَآن جَميعًا، أو بَراءةَ الأصيلِ، فكذلك، أو لم يُشترَط شيءٌ، فكذلك، أو شَرَط أن يَبرَأَ الكَفيلُ لا غيرُ، فيَبرَأ هو وحدَه عن خَمسمائةٍ، والألفُ على حاله على الأصيل.

وإن قال الطّالبُ للكَفيل: بَرِئتَ إليَّ من المال: رَجَع على الْمَطلوب، وبَرِئتَ أو أَبرأتُك: لا.

وبَطَل تَعليقُ البَراءةِ من الكَفالة بالشَّرط، ....

(وإن قال الطّالبُ للكَفيل: بَرِئتَ إليَّ من المال) الذي كَفَلتَ به (رَجَع) الكَفيلُ (على الْمَطلوب) وهو الْمَكفولُ عنه بالمال؛ لأن هذا إقرارٌ منه بالقَبض من الكَفيل، فكأنه قال: دَفَعتَ إليّ، أو قَبَضتُه منك، فيَرجِعُ عليه، ولا يَرجِعُ الطّالبُ على واحِدٍ منهما؛ لإقراره بالاستيفاء من الكَفيل.

(و) في قَول الطّالبِ للكَفيل: (بَرِئتَ) من غَير قوله: إليَّ (أو) في قَوله له: (أَبرأتُك: لا) يَرجِع الكَفيلُ على الأصيل، أما في قَوله: (أبرأتُك): فلأنه إسقاطٌ لا تَعلُّقَ له بغَيره، وأما قولُه: (بَرِئتَ) بدون (إليَّ): فهو كقَوله: (بَرِئتَ إليَّ) عند أبي يوسف، وعند محمدٍ: مِثلُ قولِه: (أبرأتُك).

(وبَطَل تَعليقُ البَراءةِ من الكَفالة بالشَّرط) بأن قال الطّالبُ: إذا قَدِم زيدٌ فأنت بَريءٌ من الكفَالة، فإنه لا يَصِحُّ؛ لأن في الإبراء مَعنى التَّمليكِ، كالإبراء عن الدَّين، والتَّمليكُ لا يَقبَل التَّعليقَ بالشَّرط.

وقِيل: يَصِحُّ؛ لأن الثّابتَ فيها على الكَفيل الْمُطالَبةُ دون الدَّينِ في الصَّحيح، فكان إسقاطًا مَحضًا، كالطَّلاق والعَتاقِ، ولهذا لا يَرتدُّ إبراءُ الكَفيلِ بالرَّدّ؛ لأن الإسقاطَ يَتِمُّ بالْمُسقِط، بخِلاف التَّأخيرِ عن الكَفيل؛ حيث يَرتدُّ بالرَّدّ؛ لأنه ليس بإسقاطٍ، بل هو خالِصُ حقِّ الْمَطلوبِ، فيَرتدُّ بالرَّدّ، وبخِلاف الإبراءِ عن الدَّين؛ لأن فيه مَعنى التَّمليكِ.

والكَفالةُ بحدٍّ، وقوَدٍ، ومَبيعٍ، ومَرهونٍ، وأمانةٍ.

وصحَّ لو ثمَنًا، ومَغصوبًا، ومَقبوضًا على سَوم الشِّراءِ، ومَبيعًا فاسِدًا.

(والكَفالةُ) بالرَّفع عطفٌ على قَوله: (تَعليقُ البَراءةِ)، أي بَطَل الكَفالةُ (بحدٍّ وقوَدٍ) أي قِصاصٍ؛ لأنه لا يَتحقَّق إذا أُقيمَ على غَير الجاني، هذا إذا كَفَل بنَفس الحدِّ، فلو كَفَل بنَفس من عليه الحدُّ يَصِحُّ.

(ومَبيعٍ) أي وبَطَل الكَفالةُ أيضًا بمَبيعٍ في يَد البائعِ؛ لأنه قبل القبضِ ليس بمَضمونٍ بنَفسه، والْمُرادُ الكَفالةُ بعَين الْمَبيعِ؛ لأنه إذا كَفَل بتَسليم الْمَبيعِ جاز؛ لأنه مُمكِنٌ.

(ومَرهونٍ) أي وكذا لا يَصِحُّ بمَرهونٍ في يَد الْمُرتهِن؛ لأنه غيرُ مَضمونٍ عليه بنَفسه، وإنما يَسقُط دَينُه إذا هَلَك، فلا يُمكِن إيجابُ الضَّمانِ على الكَفيل، وليس هو بواجِبٍ على الأصيل.

(وأمانةٍ) أي وكذا لا يَصِحُّ بأمانةٍ؛ لأنها ليست بمَضمونةٍ على الأصيل، لا عينُها ولا تَسليمُها، وهي كالوَدائِع والْمُضارَباتِ والشَّرِكاتِ.

(وصحَّ) أي التَّكفيلُ، يَعني: الكَفالةُ (لو) كان الْمَكفولُ به (ثمَنًا) أي ثمَنَ مَبيعٍ؛ لأنه دَينٌ صَحيحٌ على الْمُشتَري (و) كذا إذا كان (مَغصوبًا) لأنه مَضمونٌ بعَينه (و) كذا إذا كان (مَقبوضًا على سَوم الشِّراءِ) أي على طَلَبه؛ لأنه مَضمونٌ عليه، حتى إذا هَلَك عنده يَجِب الضَّمانُ عليه؛ إذ القِيمةُ تَقومُ مَقامَه، فأمكَن إيجابُه على الكَفيل (و) كذا إذا كان (مَبيعًا فاسِدًا) لأن الْمَقبوضَ في البَيع الفاسِدِ مَضمونٌ عليه، حتى إذا هَلَك يَجِب عليه قِيمتُه.

وحَمْلِ دابّةٍ مُعيَّنةٍ مُستأجَرةٍ، وخِدمةِ عبدٍ استُؤجِر للخِدمة، وبلا قَبول الطّالبِ في مَجلِس العقدِ، ....

(وحَمْلِ دابّةٍ) بالجرّ، عطفٌ على قَوله: (بحدٍّ وقِصاصٍ)، أي بَطَل الكَفالةُ بحَمْل دابّةٍ (مُعيَّنةٍ مُستأجَرةٍ) بأن استَأجَرها شخصٌ للحَمْل عليها، فكَفَل رجلٌ بالحَمْل، فإنه لا يجوزُ؛ لأنه عاجِزٌ عن الحَمْل عليها بتَقدير هَلاكِها، وإذا كانَت غيرَ مُعيَّنةٍ يجوزُ؛ لأنه قادِرٌ على ذلك على أيِّ دابّةٍ شاء، والحَمْلُ هو الْمُستحَقُّ عليه، ولو تكفَّل بتَسليم الدّابّةِ فيما إذا كانَت مُعيَّنةً جاز؛ للقُدرة عليه.

(وخِدمةِ عبدٍ) بالجرِّ أيضًا، عطفٌ على (حَمْلِ دابّةٍ)، أي ويَطَل الكَفالةُ أيضًا بخِدمة عبدٍ (استُؤجِر للخِدمة) لعَدَم القُدرةِ عليه كما ذكَرْنا.

وفي «الْمَبسوط»: لو تكارى دابّةً أو عبدًا، وعَجّل الأُجرةَ، ولم يَقبِض العبدَ ولا الدّابّةَ، وكَفَل له كَفيلٌ[1] بذلك حتى يَدفَعَه إليه: فإن الكَفيلَ يُؤخَذ به ما دام حيًّا؛ لأن التَّسليمَ مُستحَقٌّ على الأصيل، وهو مما تَجري فيه النِّيابةُ، فتَصِحُّ الكَفالةُ به، فإن هَلَك الْمُستأجِرُ لم يكن له على الكَفيل شيءٌ؛ لأن الإجارةَ انفَسَخت، وخَرَج الأصيلُ من أن يكونَ مُطالَبًا بتَسليم العَينِ، وإنما عليه ردُّ الأجرِ، والكَفيلُ ما كَفَل بالأجر.

(و) لا تَصِحُّ الكَفالةُ أيضًا (بلا قَبول الطّالبِ) وهو الْمَكفولُ له (في مَجلِس العقدِ) عندهما؛ لأنه تَصرُّفٌ في حقِّ الْمَكفولِ له، فلا يَصِحُّ

---

(١) في (أ) و(ب): الكفيل.

إلا أن يَكفُلَ وارِثُ الْمَريضِ عنه، وعن ميْتٍ مُفلِسٍ، ....

إلا بقَبوله ورِضاه، وقال أبو يوسف: هي جائِزةٌ لازِمةٌ؛ لأنه لم يَشترِط حُضورَ الْمَكفولِ به، ولا حُضورَ الْمَكفولِ عنه، فلا يُشتَرَط حُضورُ الْمَكفولِ له، وبه قالَت الثَّلاثةُ.

والخِلافُ في الكَفالة بالنَّفس والمالِ سواءٌ.

وقِيل: عنده: يُشتَرَط القَبولُ، لكنه لا يُشتَرَط في الْمَجلِس، بل إذا بَلَغه بعد القِيامِ من الْمَجلِس، فأَجاز: جاز.

(إلا أن يَكفُلَ[1] وارِثُ الْمَريضِ عنه) أي عن الْمَريض بما عليه من الدَّين لغُرَمائه مع غَيبتِهم، فإنه جائزٌ عندهما أيضًا استِحسانًا، وإن كان القِياسُ يَأباه على قَولِهما؛ إذ لا يَتِمُّ إلا بقَبوله، وجهُ الاستِحسانِ: أن هذه وَصِيَّةٌ منه لوَرَثته بأن يَقضُوا دَينَه، فتَصِحُّ.

ولو ضَمِن عنه الأجنَبيُّ.. قِيل: لا يجوزُ، وقِيل: يجوزُ، فإذا قَضى دَينَه بأمره يَرجِعُ به في تَرِكته.

(و) لا تَصِحُّ الكَفالةُ أيضًا (عن ميْتٍ مُفلِسٍ) بأن لم يَترُك مالًا وعليه دُيونٌ عند أبي حنيفة، وقالا: يجوزُ؛ لأنه كَفالةٌ بدَينٍ سابِقٍ؛ لأن الموتَ لا يُوجِب سُقوطَ الدَّينِ، وبه قالَت الثَّلاثةُ، وله: أنه كَفَل بدَينٍ ساقِطٍ، فلا يَصِحُّ.

---

(١) في (أ) و(د) و(هـ): إلا إن تكفل.

وبالثَّمَن للمُوكِّل وربِّ المالِ، وللشَّريك إذا بِيعَ عبدٌ صَفْقةً، وبالعُهدة،

(و) لا يَصِحُّ أيضًا (بالثَّمَن للمُوكِّل) صورتُه: إذا وَكَّل رجلٌ رجلًا ببَيع شيءٍ، فباعَه الوَكيلُ، ثم ضَمِن الثَّمَنَ للمُوكِّل عن الْمُشتَري: لم يَجُز؛ لأن حقَّ القبضِ إلى الوَكيل، وعند الثَّلاثةِ: يَصِحُّ.

(و) لا يَصِحُّ أيضًا بالثَّمَن لأجل (ربِّ المالِ) صورتُه: ضَمِن مُضارِبٌ لربِّ المالِ ثمَنَ مَتاعٍ باعَه عن الْمُشتَري، فإنه لا يَصِحُّ؛ لأن الْمُضارِبَ بجِهة الأصالةِ في البَيع، ولهذا لا يَبطُلُ بمَوت ربِّ المالِ وبعَزْله، فيكونُ ضامِنًا لنَفسه، فلا يَصِحُّ.

(و) لا يَصِحُّ أيضًا بالثَّمَن (للشَّريك إذا بِيعَ عبدٌ صَفْقةً) يَعني: في عَقدٍ واحِدٍ، صورتُه: باع رَجُلان عبدًا مُشترَكًا بينهما من رجلٍ صَفْقةً واحِدةً، وضَمِن أحَدُهما لشَريكه نَصيبَه من الثَّمَن: لا يجوزُ؛ لأنه يَصيرُ ضامِنًا لنَفسه، لأنه ما من جُزءٍ يُؤدِّيه الْمُشتَري أو الكَفيلُ من الثَّمَن إلا ولشَريكه فيه نَصيبٌ..

بخِلاف ما إذا باعَه صَفْقتَين، بأن سَمَّى كلُّ واحِدٍ منهما لنَصيبه ثمَنًا؛ حيث يَصِحُّ ضَمانُ أحَدِهما فيه للآخَر؛ لأن نَصيبَ كلٍّ منهما مُمتازٌ عن نَصيب الآخَرِ، فلا شِرْكةَ.

(و) لا يَصِحُّ أيضًا (بالعُهدة) صورتُها: أن يَشترِيَ عبدًا من رجلٍ مثلًا، فيَضمَنَ للمُشتَري رجلٌ بالعُهدة، وسَكَتا على ذلك، ولم يُبيِّنا ما هي، وإنما لا يجوزُ للجَهالة؛ لأن العُهدةَ اسمٌ مُشترَكٌ يَقَع على الصَّكِّ

....

القَديمِ؛ لأنه وَثيقةٌ، وهو مِلكُ البائعِ، ولا يَلزَمُه التَّسليمُ، فإذا ضَمِن تَسليمَه إلى الْمُشتَري فقد ضَمِن ما لا يَقدِرُ عليه، فلا يَصِحُّ..

وعلى العَقد؛ لأنه مَأخوذٌ من العَهد، والعقدُ والعهدُ واحِدٌ، وعلى حُقوق العقدِ؛ لأنها من ثَمَرات العقدِ، وعلى الدَّرَك، وعلى خِيار الشَّرطِ، ففي الخَبَر: «عُهدةُ الرَّقيقِ ثَلاثةُ أيّام[1]»[2]، أي خِيارُ الشَّرطِ فيه، فتَعذَّر العمَلُ بها قبل البَيانِ، فبَطَل الضَّمانُ، بخِلاف الدَّرَك؛ فإن ضَمانَه صَحيحٌ؛ لأنه عِبارةٌ عن ضَمان الثَّمَن عند استِحقاقِ الْمَبيعِ، وهو مَعلومٌ مَقدورُ التَّسليمِ.

---

(1) قال الخطابي في «معالم السنن» ٣/ ١٤٦: معنى عهدة الرقيق: أن يشتري العبد أو الجارية ولا يشترط البائع البراءة من العيب، فما أصاب المشتري من عيب في الأيام الثلاثة لم يرد إلا ببينة، وهكذا فسره قتادة فيما ذكره أبو داود عنه.
قال الشيخ: وإلى هذا ذهب مالك بن أنس، وقال: هذا إذا لم يشترط البائع البراءة من العيب، قال: وعهدة السَّنَة من الجنون والجذام والبرص، فإذا مضت السنة فقد برئ البائع من العهدة كلها، قال: ولا عهدة إلا في الرقيق خاصة، وهذا قول أهل المدينة ابن المسيب والزهري، أعني عهدة السنة في كل داء عضال أي صعب، وكان الشافعي لا يعتبر الثلاث والسنة في شيء منها، وينظر إلى العيب، فإن كان مما يحدث مثله في مثل المدة التي اشتراه فيها إلى وقت الخصومة فالقول قول البائع مع يمينه، وإن كان لا يمكن حدوثه في تلك المدة رده على البائع، وضعف أحمد بن حنبل عهدة الثلاث في الرقيق، وقال: لا يثبت في العهدة حديث، وقالوا: لم يسمع الحسن من عقبة بن عامر شيئًا، والحديث مشكوك فيه، فمرة قال عن سمرة ومرة قال عن عقبة. انتهى.

(2) رواه الإمام أحمد (١٧٣٨٥)، وأبو داود (٣٥٥٦)، وابن ماجه (٢٢٤٤).

والخَلاصِ، ومالِ الكِتابةِ.

(و) لا يَصِحُّ أيضًا ضَمانُ (الخَلاصِ) عند أبي حنيفة، وقالا: يجوزُ، مَعناه عندهما: لو استُحِقَّ الْمَبيعُ فعليه شِراؤُه وتَسليمُه إلى الْمُشتَري، أو تَخليصُه إن قَدَر عليه، ورَدُّ الثَّمَنَ إن لم يَقدِر عليه، وهذا ضَمانُ الدَّرَك في الْمَعنى، وبه قالَت الثَّلاثةُ، وأبو حنيفة رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ يقولُ: تَفسيرُه: تَخليصُ الْمَبيعِ لا مَحالةَ، وهو لا يَقدِر على ذلك؛ لأن الْمُستحِقَّ لا يُمكِّنه منه.

ولو ضَمِن تَخليصَ الْمَبيعِ أو ردَّ الثَّمَنِ: جاز؛ لأنه ضَمِن ما يُمكِن الوَفاءُ به، وهو تَسليمُ الْمَبيعِ إن أجازَ الْمُستحِقُّ البيعَ، أو ردُّ الثَّمَنِ إن لم يُجِز.

(ومالِ الكِتابةِ) أي ولا يَصِحُّ أيضًا بمال الكِتابةِ؛ لأنه ليس بدَينٍ صَحيحٍ؛ لأنه على شَرَف السُّقوطِ بتَعجيزه نفسَه، فلا يُمكِن إثباتُه على الكَفيل، إلا رِوايةً شاذَّةً عن أحمدَ: أنه يَصِحُّ.

فصلٌ [في مَسائِلَ مُتفرِّقةٍ من جِنس هذا البابِ]

ولو أَعطى الْمَطلوبُ الكَفيلَ قبل أن يُعطِيَ الكَفيلُ الطّالبَ: لا يَستَرِدُّ منه.

هذا (فصلٌ) في مَسائِلَ مُتفرِّقةٍ من جِنس هذا البابِ

(ولو أَعطى الْمَطلوبُ الكَفيلَ) أي لو قَضى[1] الْمَكفولُ عنه الدَّينَ للكَفيل (قبل أن يُعطِيَ الكَفيلُ الطّالبَ) أي الْمَكفولَ له (لا يَستَرِدُّ) الْمَكفولُ عنه (منه) أي من الكَفيل؛ لأنه تَعلَّق به حقُّ القابضِ، على احتِمال قضائِه الدَّينَ، فلا يَسترجع منه ما دام هذا الاحتِمالُ باقِيًا[2].

---

(١) في (أ): قبض. وانظر «التبيين» ٤/ ١٦١.

(٢) وصورة المسألة في «الجامع الصغير»: محمد عن يعقوب عن أبي حنيفة رَحِمَهُ اللَّهُ: في رجل كَفَل عن رجل بألف درهم بأمره، فقضاه الألف قبل أن يعطيَها صاحبها، أله أن يأخذها منه؟ قال: لا، وإن ربح فيها ربحًا فهو له، ولا يتصدق به، وإن كانت الكفالة بكر حنطة فقضاه الذي عليه الأصل، فباعه الكفيل، فربح فيه، فإن الربح له، إلا أنه أحب إلي أن يدفعه إلى الذي قضاه ويرده عليه، ولا أجبره على ذلك في القضاء، وقال أبو يوسف ومحمد: هو له، ولا يرده على الذي قضاه الكر. إلى هنا لفظ محمد في أصل «الجامع الصغير».
اعلم أن رجلًا إذا كفل عن رجل بألف درهم بأمره، فأدى الأصيل المال إلى الكفيل قبل أن يؤديه الكفيل إلى الطالب، ثم أراد الأصيل أن يسترد الألف من الكفيل، ليس له ذلك، إلا أن يقضي الدين بنفسه قبل أداء الكفيل، فحينئذ يسترد؛ وذلك لأن الدفع كان لغرض، وهو أن يصير المدفوع حقًا للقابض على تقدير أداء الدين من مال الكفيل، فلما لم يَنتفِ هذا الاحتمال بأداء الأصيل بنفسه: لا تصح المطالبة اهـ إتقاني. انتهى شلبي ٤/ ١٦١.

وما رَبِح الكَفيلُ: له، ....

بخِلاف ما إذا كان الدَّفعُ على وَجه الرِّسالةِ، بأن قال الأصيلُ للكَفيل: خُذ هذا المالَ، وادفَعْه إلى الطَّالب؛ حيث لا يَصيرُ الْمُؤدّى مِلكًا للكَفيل، بل هو أمانةٌ في يَده، ولكن لا يكونُ للأَصيل أن يَستَرِدَّه من يَد الكَفيلِ؛ لأنه تَعلَّق بالْمُؤدّى حقُّ الطَّالبِ، وهو بالاستِرداد يُريدُ إبطالَه، فلا يُمكَّن منه ما لم يَقضِ دَينَه.

(**وما رَبِح الكَفيلُ**) من المال الذي قَبَضه من الْمَطلوب قبل أن يُعطِيَ هو للطّالِب: فهو (**له**) أي للكَفيل، يَعني: طاب له الرِّبحُ؛ لأنه مَلَكه بالقَبض، فكان الرِّبحُ بدَلَ مِلكِه، ولا يَتصدَّقُ به، سواءٌ قَضى الدَّينَ هو أو الأصيلُ، إلا أن فيه نوعَ خُبثٍ إذا قَضى الأصيلُ الدَّينَ عند أبي حنيفة، وإن قَضى الكَفيلُ[1] فلا خُبثَ فيه بالإجماع.

هذا إذا قَبَضه على وَجه الاقتِضاءِ، وإن قَبَضه على وَجه الرِّسالةِ[2]:

(١) في (ج): الوكيل.

(٢) قال الإتقاني رَحِمَهُ اللَّهُ: قالوا في شروح «الجامع الصغير»: هذا الفصل على وجهين، فإما أن يدفع الأصيل إليه على وجه الرسالة أو على وجه الاقتضاء، وكل ذلك على وجهين، إما إن كان المدفوع مما لا يتعين بالتعيين كالنقود أو مما يتعين كالعروض، فإن دفع على وجه الرسالة بأن قال: خذ هذا المال وادفع إلى الطالب: لا يطيب له الربح، سواء كان المدفوع مما لا يتعين أو يتعين، في قول أبي حنيفة ومحمد، وطاب له عند أبي يوسف، وذلك لأن الخبث لعدم الملك؛ لأن تصرفه وجد في غير ملكه، فاستوى فيه المالان، قال قاضي خان رَحِمَهُ اللَّهُ: أصل المسألة أن المودَعَ أو الغاصبَ إذا تصرف في الوديعة أو المغصوب وربح: فعندهما لا يطيب له الربح، خلافًا =

ونُدِب رَدُّه على الْمَطلوب لو شيئًا يَتعيَّن.

لا يَطيبُ له الرِّبحُ على قَولهما، خِلافًا لأبي يوسف، وأصلُ الخِلافِ في الرِّبح بالدَّراهِم الْمَغصوبةِ.

(ونُدِب) أي استُحِبَّ (رَدُّه) أي ردُّ الرِّبحِ (على الْمَطلوب) وهو الْمَكفولُ عنه (لو) كان الذي أَخَذه منه (شيئًا يَتعيَّن) كالحِنطة والشَّعيرِ، وهذا إذا قَضى الأصيلُ الدَّينَ، وهو قولُ أبي حنيفة، وعنه: أنه يَتصدَّق به، وقالا: يَطيبُ له الرِّبحُ، وهو رِوايةٌ عنه، لأنه مَلَكه بالقَبض.

وله: أن الخُبثَ تَمكَّن مع الْمِلك فيما يَتعيَّن، فيَتصدَّق به في رِوايةٍ على الفُقَراء، وفي رِوايةٍ: يَرُدُّه على الأصيل؛ لأن الكَراهِيَةَ لحَقِّه، ثم إن كان الأصيلُ فَقيرًا يَطيبُ له، وإن كان غَنيًّا ففيه رِوايتان، والأشبَهُ أن يَطيبَ له، هذا إذا أعطاه على وَجه القَضاءِ لدَينه، وإن أعطاه على وَجه الرِّسالةِ لا يَطيبُ له الرِّبحُ بالاتِّفاق؛ لأنه لا يَملِكه.

= لأبي يوسف، وإن دفع على وجه الاقتضاء بأن قال الأصيل للكفيل: إني لا آمن أن يأخذ الطالب حقه منك، فأنا أقضيك قبل أن تؤدي: طاب له الربح إذا كان المدفوع مما لا يتعين كالنقود؛ لأنه ملكها بالقبض لما قلنا..

غاية ما في الباب أن للأصيل الرجوعَ على الكفيل إذا أدى الأصيل بنفسه، وبالرجوع لا يتبين أنه لم يملك؛ لأنه لا يتعين، وإن كان المدفوع مما يتعين كغير النقود قال أبو حنيفة في رواية هذا الكتاب: يستحب أن يرده على الأصيل، وقال في كتاب الكفالة من الأصيل: يتصدق به، وقال في كتاب البيوع منه: لا يطيب له، وعند أبي يوسف ومحمد: يطيب له اهـ. شلبي ٤/ ١٦٢.

ولو أَمَر كَفيلَه أن يَتعيَّن عليه حَريرًا، ففَعَل: فالشِّراءُ للكَفيل، والرِّبحُ عليه.

(ولو أَمَر) الأصيلُ (كَفيلَه أن يَتعيَّن عليه حَريرًا) أي أن يَبيعَ العِينةَ، وهي أن يقولَ له: اشتَرِ من النَّاس حَريرًا أو غيرَه من الأنواع، ثم بِعْه، فما رَبِح البائعُ منك وخَسِرتَه أنت فعليَّ.

وصورتُه: أن يَأتيَ هو إلى تاجِرٍ، فيَطلُبَ منه القرضَ، ويَطلُبَ التَّاجرُ الرِّبحَ، ويَخافَ من الرِّبا، فيَبيعَه التَّاجرُ ثوبًا يُساوِي عشَرةً مثلًا بخَمسةَ عشَرَ نَسيئةً، ليَبيعَه هو في السُّوق بعشَرةٍ، فيَصِلَ إلى العَشَرة، ويَجِبَ عليه للبائِع خَمسةَ عشَرَ إلى أجَلٍ.

أو يُقرِضَه خَمسةَ عشَرَ دِرهَمًا، ثم يَبيعَه الْمُقرِضُ ثوبًا يُساوِي عشَرةً بخَمسةَ عشَرَ، فيَأخُذَ الدَّراهِمَ التي أقرَضه على أنها ثَمَنُ الثَّوب، فيَبقى عليه الخَمسةَ عشَرَ قرضًا[1].

(ففَعَل) الكَفيلُ ذلك (فالشِّراءُ) يكونُ (للكَفيل، والرِّبحُ) الذي رَبِحه التَّاجرُ (عليه) أي على الكَفيل.

ولا يَلزَم الآمِرَ شيءٌ من ذلك؛ لأنه إما ضامِنٌ لما يَخسَر؛ نظَرًا إلى قَوله: (ليَّ)، والضَّمانُ بالخُسران لا يجوزُ؛ لأن الضَّمانَ لا يكونُ

---

(1) ومن صورها: أن يعود الثوب إليه، كما إذا اشتراه التاجر في الصورة الأولى من المشتري الثاني، ودفع الثمن إليه ليدفعه إلى المشتري الأول، وإنما لم يشتره من المشتري الأول تحرزًا عن شراء ما باع بأقل مما باع قبل نقد الثمن. شلبي ٥/ ٣٢٥.

ومَن كَفَل عن رَجُلٍ بما ذاب له عليه، ....

إلا بمَضمونٍ، وإما تَوكيلٌ بالشِّراء؛ نظَرًا إلى الآمر به، فلا يجوزُ أيضًا؛ لجَهالة الحَريرِ وثمَنِه.

وهذا النَّوعُ من البَيع يُسمّى عِينةً؛ لما فيه من السَّلَف، يُقالُ: باعَه بِعِينةٍ، أي نَسيئةً، مِن عَين الْمِيزانِ، وهو مِيلُه، لأنها زِيادةٌ، وقِيل: لأنها بيعُ العَينِ بالرِّبح، وقِيل: هي شِراءُ ما باع بأقلَّ مما باع، وقِيل: لما فيها من الإعراض عن الدَّين إلى العَين، وهو مَكروهٌ؛ لما فيه من الإعراض عن مبَرّة الإقراضِ مُطاوَعةً لشُحِّ الأنفُسِ.

وهذا النَّوعُ مَذمومٌ شرعًا، اختَرَعه أكَلةُ الرِّبا، وقال عَلَيهِ الصَّلاةُ وَالسَّلامُ: «إذا تَبايَعتم بالعَين، واتَّبعتُم أذنابَ البَقَر.. ذَلَلتُم، وظَهَر عليكم عَدُوُّكم»[1]، والْمُرادُ باتِّباع أذنابِ البقَرِ الزِّراعةُ.

(ومَن كَفَل عن رجلٍ بما ذاب) أي ظَهَر ووَجَب **(له)** أي لفُلانٍ **(عليه)**

---

(١) رواه بلفظ قريب: الإمام أحمد (٤٨٢٥) و(٥٠٠٧)، وأبو داود (٣٤٦٢)، والبزار (٥٨٨٧)، وانظر «نصب الراية» ٤/ ١٦.

روايات الإمام أحمد متعددة، منها: «إذا -يعني ضن الناس بالدينار والدرهم- تبايعوا بالعين، واتبعوا أذناب البقر، وتركوا الجهاد في سبيل الله، أنزل الله بهم بلاء، فلم يرفعه عنهم حتى يراجعوا دينهم».

ولفظ أبي داود: «إذا تبايعتم بالعينة، وأخذتم أذناب البقر، ورضيتم بالزرع، وتركتم الجهاد: سلط الله عليكم ذلا لا ينزعه حتى ترجعوا إلى دينكم».

ولفظ البزار: «إذا تبايعتم بالعينة، وأخذتم أذناب البقر، وتركتم الجهاد: سلط الله عليكم ذُلًا لا ينزعه حتى ترجعوا إلى دينكم».

أو بما قُضِي له عليه، فغاب الْمَطلوبُ، فبَرْهَن الْمُدَّعي أن له على الْمَطلوب ألفًا: لم تُقبَل.

ولو بَرْهَن أن له على زيدٍ كذا، وأن هذا كَفيلٌ عنه بأَمره: قُضِي به عليهما، ....

أي على الرَّجُل (أو) كَفَل عن رجلٍ (بما قُضِي له) أي لفُلانٍ (عليه) أي على الرَّجُل (فغاب الْمَطلوبُ) وهو الْمَكفولُ عنه (فبَرْهَن الْمُدَّعي) أي أقامَ بَيِّنةً على الكَفيل (أن له على الْمَطلوب ألفًا: لم تُقبَل) بَيِّنتُه؛ لأنه كَفَل مالًا سيَجِب في الْمُستقبَل بالقَضاء، أو بأيِّ سبَبٍ كان، وذلك لم يُوجَد، والقَضاءُ على الغائِب لا يجوزُ، فلم يُوجِب شيئًا.

(ولو بَرْهَن) رجلٌ، أي أقامَ بَيِّنةً عند القاضِي على رجلٍ (أن له على زيدٍ كذا) من المال (وأن هذا) أي الذي أحضَره عند القاضِي (كَفيلٌ عنه) أي عن زيدٍ (بأَمره) وزيدٌ غائِبٌ (قُضِي به) أي بالبُرهان، أي البَيِّنةِ (عليهما) أي على زيدٍ وعلى الذي أحضَره وأقامَ عليه البَيِّنةَ أنه كَفيلٌ عنه.

فإن قُلتَ: القَضاءُ على الغائِب لا يجوزُ، فكيف يُقضى ههنا إذا كانَت الكَفالةُ بأمره؟

قُلتُ: إذا لم يُتوصَّل إلى حقِّه على الحاضِر إلا بإثباتِه على الغائِب: يجوزُ القَضاءُ على الغائِب، كما إذا ادَّعى عبدٌ أن الحاضِرَ اشتَراه من مَولاه الغائبِ، ثم أعتَقه، فأنكَر الحاضِرُ الشِّراءَ والإعتاقَ: كان الحاضِرُ خصمًا عن مَولاه، حتى إذا أثبَت العبدُ الشِّراءَ والعَتقَ: نَفَذ على الغائِب، حتى إذا حَضَر ليس له أن يَدَّعِيَه.

ولو بلا أمرٍ: قُضِي على الكَفيل فقط.
وكَفالتُه بالدَّرَك: تَسليمٌ، وشَهادتُه وخَتْمُه: لا.

(ولو) بَرْهَن أنه كَفَل عنه (بلا أَمر) الغائبِ (قُضِي على الكَفيل فقط) يَعني: لا يُقضى على الغائِب؛ لأن الْمُدَّعى هنا[1] مالٌ مُطلَقٌ، فأمكَن إثباتُه، بخِلاف ما تَقدَّم.

(وكَفالتُه) أي كَفالةُ رجلٍ للمُشتَري عن البائِع إذا باع له دارًا مَثَلًا (بالدَّرَك) وهو ضَمانُ الثَّمَنِ عند استِحقاقِ الْمَبيعِ (تَسليمٌ) للمَبيع، وإقرارٌ منه أنه لا حقَّ له فيه، حتى لو ادَّعى بعد ذلك أن الدّارَ مِلكُه، أو ادَّعى فيها الشُّفعةَ أو الإجارةَ: لا تُسمَع دَعواه؛ لأن إقدامَه إقرارٌ بأن البائِعَ مالِكٌ لها وقتَ البيعِ، فلا تَصِحُّ دَعواه بعد ذلك.

(وشَهادتُه) أي شَهادةُ الرَّجُلِ الْمَذكورِ في الصُّورة الْمَذكورةِ، يَعني: كِتابةُ شَهادتِه (وخَتْمُه: لا) يكونُ تَسليمًا، حتى إذا ادَّعاه بعده تُقبَل دَعواه؛ لأن الشَّهادةَ ليس فيها ما يَدُلُّ على أنه أَقَرَّ للبائِع بالْمِلك؛ إذ البيعُ يُوجَد من غَير المالِكِ، ولعلَّه كَتَب الشَّهادةَ ليَحفَظَ الواقِعةَ، أو يَنظُرَ في البَيع، حتى إذا رَأى فيه مَصلَحةً أجازَه، وليس فيها ما يَدُلُّ على نَفاذه، إلا إذا شَهِد عند الحاكِمِ بالبَيع، وقَضى بشَهادته أو لم يَقضِ: يكونُ تَسليمًا، حتى لا تُسمَعُ دَعواه بعد ذلك.

وقولُه: (وختمُه) وَقَع على اعتِبار عادتِهم؛ فإنهم كانُوا يَختِمونه بعد

---

(١) في سوى (أ): هناك. وانظر «التبيين» ٤/ ١٦٤.

ومَن ضَمِن عن آخرَ خَراجَه، أو رَهَن به، أو ضَمِن نَوائِبَه ....

كِتابةِ أسمائِهم على الصَّكِّ؛ خَوفًا من التَّغيير والتَّزويرِ، والحُكمُ لا يَختلِف بين أن يكونَ الصَّكُّ مَختومًا أو غيرَ مَختومٍ.

(ومَن ضَمِن عن آخرَ خَراجَه) قِيل: الْمُرادُ به الخَراجُ الْمُوظَّفُ، وهو الذي يَجِب في الذِّمَّة، بأن يُوظِّفَ الإمامُ كلَّ سَنةٍ في مالٍ على ما يَراه، لا خَراجُ الْمُقاسَمةِ، وهو الذي يَقسِمه الإمامُ من غَلَّة الأرضِ؛ لأنه غيرُ واجِبٍ في الذِّمَّة.

وفي «الغاية»: أما الخَراجُ: فإنما صحَّ الضَّمانُ به لأنه دَينٌ مَضمونٌ حقًّا للعَبد، يُطالَبُ به ويُحبَسُ، فصار ضَمانُه كسائِر الدُّيونِ، بخِلاف الضَّمانِ بالزَّكاة؛ فإنه لا يَصِحُّ في الأموال الظَّاهِرةِ والباطِنةِ جَميعًا، والخَراجُ بدَلٌ عن مَنفَعة الحِفظِ، فيكونُ دَينًا، وليس الزَّكاةُ بدَلًا عن شيءٍ آخرَ، فلا يكونُ دَينًا.

(أو رَهَن به) أي بالخَراج (أو ضَمِن نَوائِبَه) أي نَوائبَ الآخرِ، وهي ما يكونُ بحقٍّ، كأُجرة الحُرّاسِ[1]، وكَرْيِ النَّهرِ الْمُشترَكِ، والمالِ الْمُوظَّفِ لتَجهيز الجيشِ وفِداءِ الأسرى، وقِيل: أُريدَ به ما ليس بحقٍّ، كالجِبايات التي في زَمانِنا تأخُذها الظَّلَمةُ بغَير حقٍّ..

فإن كان مُرادُ الشَّيخِ هو الأوَّلَ جازَت الكَفالةُ بلا خِلافٍ؛ لأنه واجِبٌ مَضمونٌ، وإن كان مُرادُه الثَّانيَ.. ففيه اختِلافُ الْمَشايخِ، فقِيل: لا تجوزُ

(١) في (ح): الحراث. وانظر «التبيين» ٤/ ١٦٥. قال الشلبي: قوله: (كأجرة الحراس) أي للمحلة، الذي يسمى في بلاد مصر الخفير. اهـ

وقِسمتَه: ....

الكَفالةُ بها، وهو قولُ صدرِ الإسلامِ[1] أيضًا، وقِيل: تجوزُ[2]، وهو قولُ فخرِ الإسلامِ عليِّ البَزْدَويِّ[3] أيضًا، لأنها في المُطالَبة مِثلُ سائرِ الدُّيونِ، بل فوقها.

(و) ضَمِن (قِسمتَه) والرِّوايةُ الصَّحيحةُ: أو قِسمتَه، وهي ما أصابَ الواحِدَ من النَّوائِب؛ لأن القِسمةَ هي النَّصيبُ، وقِيل: هي النَّوائبُ بعَينها، غيرَ أن القِسمةَ ما تكونُ راتِبًا، والنَّوائبُ ليس براتِبٍ، وإنما يُوظِّفُه الإمامُ عند الحاجةِ إذا لم يكن في بَيت المالِ شيءٌ، وقِيل: هي أن يَمتنِعَ أحدُ الشَّريكَين من القِسمة بينه وبين صاحِبِه، فيَضمَنَ إنسانٌ؛ لأنها واجِبةٌ، وقِيل: مَعناها: إذا اقتَسَما، ثم مَنَع[4] أحدُ الشَّريكَين: قَسْم صاحِبه.وقال الفَقيهُ أبو اللَّيثِ السَّمَرقَنْديُّ: ذُكِر عن أبِي بكرِ بنِ أبِي سَعيدٍ[5] أنه قال: وَقَع هذا الحرفُ غلَطًا لا مَعنى له؛ لأن القِسمةَ

---

(١) قال الشلبي ٤/ ١٦٥: قوله: (منهم صدر الإسلام) هو محمد بن محمد بن الحسين بن عبد الكريم، النسفي. اهـ، وصدر الإسلام هذا هو أخو فخر الإسلام الآتي أيضًا. اهـ

(٢) في (ح): زيادة هنا وهي: قال صدرُ الشَّريعةِ: وعليه الفَتوى.

(٣) قال الشلبي ٤/ ١٦٥: هو ابن محمد بن الحسين بن عبد الكريم، النسفي، وعبد الكريم هذا كان تلميذ الشيخ الإمام محمد بن محمد بن محمود الماتريدي السمرقندي. اهـ إتقاني.

(٤) في (هـ): أمتنع. وانظر «التبيين» ٤/ ١٦٦.

(٥) قال في «الجواهر المضية» ٢/ ٢٤١: أبو بكر بن سعيد: ذكر قاضي خان في «فتاويه»: حوض صغير تنجس ماؤه فدخل الماء من جانب وخرج من جانب.. قال الفقيه أبو جعفر: يصير طاهرًا؛ لأن الماء الجاري غلب على النجس، فكان بمنزلة =

مَصدَرٌ، والْمَصدَرُ فِعلٌ غيرُ مَضمونٍ.

قُلتُ: دَعوى الغلَطِ غلَطٌ؛ لأن القِسمةَ اسمٌ؛ لأنه بمَعنى النَّصيبِ، كما في قَوله تَعالى: ﴿وَنَبِّئْهُمْ أَنَّ ٱلْمَآءَ قِسْمَةٌۢ بَيْنَهُمْ﴾ [القمر: ٥٤]، والْمُرادُ بها النَّصيبُ، أو بمَعنى النائبة[1]، وهي أيضًا اسمٌ، أو بمَعنى أُجرةِ القَسّامِ، وهي أيضًا اسمٌ[2].

= الماء الجاري، وقال أبو بكر بن سعيد: لا يطهر حتى يخرج منه ثلاث مرات، مثلما كان في الحوض من الماء النجس. مات سنة ثمان وعشرين وثلاثمائة رحمهم الله تعالى. انتهى.

وهو بلخي كما قاله العيني في «البناية» ١٢/ ٣٢٥.

وذكر العيني أيضًا مسالة في «البناية» ٥/ ٥٠٣ فقال: (ومن المشايخ من يصرف لفظة التحريم إلى الطلاق)... وأراد من المشايخ أبا بكر الإسكاف وأبا بكر بن سعيد والفقيه أبا جعفر الهندواني، وهم من كبار علمائنا الماضين ببلخ، فإنهم قالوا: يقع الطلاق. انتهى.

وقال الشلبي في «حاشيته» ١/ ٢٧٤: قوله: (وقال أبو بكر بن سعيد... إلخ) في «شرح الطحاوي» عن أبي بكر بن سعيد الأعمش...

(١) في (أ): الثانية، وفي باقي النسخ سوى (ج): الثابتة. وانظر «التبيين» ٤/ ١٦٥.

(٢) قال في «البحر» ٦/ ٢٦١: والفقيه أبو جعفر الهنداوي قال: معناها أن أحد الشريكين إذا طلب القسمة من صاحبه وامتنع الآخر عن ذلك فضمَّن إنسانًا ليقوم مقامه في القسمة جاز؛ لأن القسمة واجبة عليه، وقال بعضهم: معناها إذا اقتسما ثم منع أحد الشريكين قسم صاحبه، فتكون الرواية على هذا (قسمه) بالضمير لا بالتاء، وقد علمت أن القسمة بالتاء تجيء بمعنى القسم بلا تاء.

وقيل: هي النوائب بعينها، فالعطف للبيان والتفسير، وقيل: ما يخص الرجل منها، ولكن كان ينبغي أن يعطف بالواو لا بأو؛ ليكون من عطف الخاص على العام، =

صحَّ.

ومَن قال لآخَرَ: ضَمِنتُ لك عن فُلانٍ مِائةً إلى شهرٍ، فقال: هي حالَّةٌ: فالقولُ للضَّامِن.

(صحَّ) هذا الضَّمانُ، وصحَّ هذا الرَّهنُ أيضًا، وهو جَوابُ قولِه: (ومَن ضَمِن).

(ومَن قال لآخَرَ: ضَمِنتُ لك عن فُلانٍ مِائة) دِرهَم (إلى شهرٍ، فقال) الآخَرُ -وهو الْمُقَرُّ له-: صَدَقتَ، ولكن (هي) أي الْمِائةُ (حالَّةٌ) فأنكَر الأجَلَ (فالقولُ للضَّامِن) وهو الْمُقِرُّ؛ لأنه أقَرَّ له بثُبوت حقِّ الْمُطالَبةِ بعد شهرٍ، والْمُقَرُّ له يَدَّعي عليه الْمُطالَبةَ في الحال، وهو مُنكِرٌ، فالقولُ قولُه.

بخِلاف ما إذا أقَرَّ بالدَّين الْمُؤجَّلِ، فصَدَّقه الْمُقَرُّ له في الدَّين، وكَذَّبه في الأجَل؛ حيث يكونُ القولُ فيه قولَ الْمُقَرِّ له؛ لأن الْمُقِرَّ أقَرَّ بدَينٍ، ثم ادَّعى حقًّا لنَفسه، وهو الأجَلُ[1]، فلا يُقبَل قولُه بلا بَيِّنةٍ.

= وقيل: هي النائبة الموظفة الديوانية كل شهر أو ثلاثة أشهر، والنوائب غير الراتبة. كذا في «العناية».
ثم من أصحابنا من قال: الأفضل للإنسان أن يساوي أهل محلته في إعطاء النائبة، قال شمس الأئمة هذا كان في ذلك الزمان؛ لأنه إعانة على الحاجة والجهاد، وأما في زماننا فأكثر النوائب تؤخذ ظلمًا، ومن تمكن دفع المظلمة عن نفسه فهو خير له، إذا أراد الإعطاء فليعط من هو عاجز عن دفع الظلم عن نفسه لفقر، ليستعين به الفقير على الظلم، وينال المعطي الثواب. كذا في «فتح القدير».

(١) في (ب): الأصل. وانظر «التبيين» ٤/ ١٦٦.

ومَن اشتَرى أمةً، وكَفَل له رجلٌ بالدَّرَك، فاستُحِقَّت: لم يَأخُذ الْمُشتَري الكَفيلَ حتى يُقضى له بالثَّمَن على البائِع.

وعند الشّافعيِّ: القولُ للمُقَرِّ فيهما؛ لأن الأَجَلَ[1] وصفٌ فيهما، وفي الأَوصاف القولُ للمُقِرّ، وقال أبو يوسف: القولُ للمُقَرِّ له فيهما، رَواه عنه إبراهيمُ بنُ يوسفَ[2]، لأن الْمُقِرَّ قد أقَرَّ له بحقٍّ، ثم ادَّعى تأخيرَه، فلا يُصدَّق إلا بحُجّةٍ.

(ومَن اشتَرى أمةً، وكَفَل له رجلٌ بالدَّرَك) وهو أن يُضمَنَ الثَّمَنُ عند ظُهورِ الْمُستحِقّ (فاستُحِقَّت) أي الأمةُ (لم يَأخُذ الْمُشتَري الكَفيلَ حتى يُقضى له بالثَّمَن على البائِع) لأن الكَفالةَ بالدَّرَك هو ضَمانُ الثَّمنِ عند خُروجِ الْمَبيعِ عن مِلكه بالاستِحقاق، وهو لم يَخرُج عن مِلكه ما لم يُفسَخ البيعُ ويُحكَمْ على البائِع بردِّ الثَّمَن على الْمُشتَري، وبمُجرَّد الاستِحقاقِ لا يَنفسِخ، ولهذا لو أجازَ الْمُستحِقُّ البيعَ قبل الفسخِ جازَ، فلو كان مُنتقِضًا لما جازَ، فإذا لم يَنتقِض لم يَجِب الثَّمَنُ على البائِع، ولم يَخرُج عن مِلكه.

---

(١) في (ب) و(هـ): الأصل.

(٢) أبو إسحاق، إبراهيم بن يوسف بن ميمون، البلخي، عرف بالماكياني نسبة إلى جده، وهو أخو الإمامِ عصامِ بن يوسف، الإمامُ المشهور، كبيرُ المحل عند أصحاب أبي حنيفة، وشيخ بلخ وعالمها في زمانه، لزم أبا يوسف حتى برع، توفي رَحِمَهُ ٱللَّهُ سنة (٢٣٩هـ)، وانظر ترجمته في «الجواهر المضية» ١/ ٥١.

....

وعن أبي حنيفة: أن البيعَ يَنتقِض بمُجرَّد الاستِحقاقِ، وعن أبي يوسف مِثلُه، فعلى هذا: يَرجِع به عليه بمُجرَّد القَضاءِ بها له، وعن أبي يوسف: أن أخذَ العَينِ بعد الحُكمِ دَليلُ الفسخِ، والأوَّلُ هو الظَّاهرُ، والله أعلم.

باب كَفالةِ الرَّجُلَين والعَبدَين

دَينٌ عليهما، وكلٌّ كَفَل عن صاحِبه: فما أدّاه أحَدُهما لم يَرجِع به على شَريكه، فإن زاد على النِّصف: رَجَع بالزِّيادة.

وإن كَفَلا عن رجلٍ، وكَفَل كلٌّ عن صاحِبه: فما أدّى رَجَع بنِصفه على شَريكه، ....

هذا (باب) في بَيان أحكامِ (كَفالةِ الرَّجُلَين والعَبدَين)

لرجلٍ (دَينٌ عليهما) أي على اثنَين، بأن اشتَرَيا منه عبدًا (وكلٌّ) واحِدٍ منهما (كَفَل عن صاحِبه فما) أي كلُّ شيءٍ (أدّاه أحَدُهما) أي أحدُ الاثنَين (لم يَرجِع به على شَريكه) حتى يَزيدَ ما يُؤدِّيه على النِّصف (فإن زاد) ما أدّاه (على النِّصف: رَجَع بالزِّيادة) لأن كلَّ واحِدٍ منهما في النِّصف أصيلٌ، وفي النِّصف الآخر كَفيلٌ، فما يُؤدِّيه يُصرَف إلى ما عليه أصالةً.

(وإن كَفَلا) أي الاثنانِ (عن رجلٍ) بأن كان على رجلٍ دَينٌ ألفُ دِرهَمٍ مثلًا، فكَفَل عنه رَجُلان كلُّ واحِدٍ منهما بجَميعه على الانفِراد (وكَفَل كلٌّ) واحِدٍ من الاثنَين (عن صاحِبه) بما لَزِمه بالكَفالة، والكَفالةُ عن الكَفالة جائِزةٌ، كما تجوزُ عن الأَصيل.

(فما أدّى) أحَدُهما (رَجَع بنِصفه على شَريكه) ثم يَرجِعان على الأَصيل إن شاء[1]؛ لأن ما عليهما مُستوِيان، فلا تَرجيحَ للبَعض على البَعض

(١) في سوى (ب) و(ج) و(د) و(ه): إن شاؤوا. وانظر «التبيين» ٤/ ١٦٨.

أو بالكلِّ على الأصيل.

وإن أبرأ الطّالبُ أحَدَهما: أخَذ الكَفيلَ الآخر بكُلِّه.

إذ الكل[1] كَفالةٌ، فيكونُ الْمُؤدّى شائِعًا عنهما[2]، فيَرجِعُ بنِصفه على شَريكه.

(أو) إن شاء رَجَع هو **(بالكلِّ على الأصيل)** لأنه كَفَل بالجَميع بأمره، هذا إذا تَكفَّل كلُّ واحِدٍ منهما عن الأصيل بجَميع الدَّينِ على التّعاقُب، ثم كَفَل كلُّ واحِدٍ منهما عن صاحِبه بالجَميع.

وأما إذا تَكفَّل كلُّ واحِدٍ منهما بالنِّصف، ثم تكفَّل كلُّ واحِدٍ منهما عن صاحِبه: فهي كالْمَسألة الأُولى في الصَّحيح، حتى لا يَرجِعُ على شَريكه بما أدّى ما لم يَزِد على النِّصف.

وكذا لو تَكفَّلا عن الأصيل بجَميع الدَّينِ معًا، ثم كَفَل كلُّ واحِدٍ منهما عن صاحِبه؛ لأن الدَّينَ يَنقسِم عليهما نِصفَين، ولا يكونُ كَفيلًا عن الأصيل بالجَميع، وكذا لو كَفَل كلُّ واحِدٍ منهما عن الأصيل بالجَميع مُتعاقِبًا، ثم كَفَل كلُّ واحِدٍ منهما عن صاحِبه بالنِّصف.

(وإن أبرَأ الطّالبُ أحَدَهما) أي أحدَ الاثنَين **(أَخَذ)** الطّالبُ **(الكَفيلَ الآخرَ بكُلِّه)** أي بكلِّ المال؛ لأن إبراءَ الكَفيلِ لا يُوجِب بَراءةَ الأصيلِ، فبَقِي المالُ كلُّه على الأصيل، والآخَرُ كَفيلٌ عنه بكُلِّه، فيأخُذه به.

---

(١) في سوى (أ): إذا كفل كفالة. وانظر «التبيين» ٤/١٦٨.

(٢) في (ج): عنها، وفي (ح): بينهما.

ولو افتَرَق الْمُفاوِضان: أَخَذ الغَريمُ أيًّا شاء بكلِّ الدَّينِ، ولا يَرجِع حتى يُؤدِّيَ أكثرَ من النِّصف.

وإن كاتَب عَبدَيه كِتابةً واحِدةً، وكَفَل كلٌّ عن صاحِبه: فما أدّى أحَدُهما رَجَع بنِصفه.

(ولو افتَرَق الْمُفاوِضان) أي الشَّريكان شِرْكةَ الْمُفاوَضةِ (أَخَذ الغَريمُ أيًّا) أي أيَّ الاثنَين (شاء بكلِّ الدَّينِ) لأن كلَّ واحِدٍ منهما كَفيلٌ عن الآخَر على ما مرَّ في الشِّرْكة (ولا يَرجِع) الْمَأخوذُ منهما على صاحِبه (حتى يُؤدِّيَ أكثرَ من النِّصف) لما بَيَّنّا في كَفالة الرَّجُلَين.

(وإن كاتَب) شخصٌ (عَبدَيه كِتابةً واحِدةً، وكَفَل كلٌّ) واحِدٍ من العَبدَين (عن صاحِبه: فما أدّى أحَدُهما رَجَع) على صاحِبه (بنِصفه) أي بنِصف ما أدّى، وهذا استِحسانٌ، والقِياسُ أن لا يجوزَ؛ لأن فيه كَفالةَ الْمُكاتَبِ، والكَفالةُ ببَدَل الكِتابةِ، وكلُّ واحِدٍ منهما بانفِراده باطِلٌ، وعند الاجتِماعِ[1] أولى.

وجهُ الاستِحسانِ: أنَّ تَصرُّفَ الْمُكاتَبِ يَجِب تَصحيحُه بقَدْر الإمكانِ، وقد أمكَن تَصحيحُ هذه الكَفالةِ بأن يُجعَلَ المالُ كلُّه على كلِّ واحِدٍ منهما، في حقِّ الْمَولى وحقِّ نفسِه، وعَتْقُ الآخَرِ مُعلَّقٌ بأدائِه، فيُطالِب الْمَولى كلًّا منهما بجَميع المالِ بحُكم الأصالةِ، لا بحُكم الكَفالةِ، فأيُّهما أدّى عَتَق، وعَتَق الآخَرُ تبَعًا له، كما في وَلَد الْمُكاتَبِ..

---

(١) في (أ): وعند الانفراد. وانظر «التبيين» ٤/ ١٦٨.

ولو حَرَّر أحَدَهما: ....

لكن كلٌّ واحِدٍ منهما كَفيلٌ في حقِّ صاحِبِه؛ لانقِسام المالِ عليهما، فصارَت كَفالته بما عليه أصالةً، وكَفالةُ الْمُكاتَبِ بما عليه أصالةً جائزةٌ، فكان كلٌّ واحد منهما أصيلًا في الكلّ، كَفيلًا عن صاحِبه بالكلّ.

ولا تَظهَر الكَفالةُ إلا في حقِّ صاحِبِه؛ لأنه ضَروريٌّ، فيَتقدَّرُ بقَدْرِها، حتى تكونُ مُطالَبةُ الْمَولى كلَّ واحِدٍ بجَميع المالِ بحُكم الأصالةِ، لا بحُكم الكَفالةِ، فإذا أدّى أحَدُهما شيئًا وَقَع عن كلِّ البَدَل، فيَقَع نِصفُ ذلك عن صاحِبه؛ لاستِوائهما، فيَرجِعُ به عليه.

ثم قَيَّد بقَوله: (كِتابةً واحِدةً): لأنه إذا كاتَبهما بعَقدَين كلَّ واحِدٍ بعَقدٍ، فكَفالةُ كلٍّ منهما عن الآخَر باطِلةٌ.

ولو كاتَبهما كِتابةً واحِدةً على ألفٍ ولم يَزِد على هذا: فحُكمُه أن كلَّ واحِدٍ منهما يَلزَمُه حِصّتُه، ويَعتِقُ بأداء حِصّتِه.

ولو كاتَبهما[1] كِتابةً واحِدةً على أنهما إن أدَّيا عَتَقا، وإن عَجَزا رُدّا في الرِّقّ، ولم يَذكُر كَفالةَ كلٍّ منهما عن صاحِبه.. فعند زفرَ: جوابُ هذا مِثلُ الفصلِ الثّاني، حتى يَعتِقُ أحَدُهما بأداء حِصّتِه، وعندنا: كالفَصل الأوَّلِ في جَميع ما قُلنا.

(ولو حَرَّر) الْمَولى (أحَدَهما) أي أحدَ العَبدَين فيما إذا كاتَبهما وشَرَط كَفالةَ كلٍّ واحِدٍ منهما عن صاحِبه: صحَّ العَتقُ؛ لوُجود الْمِلكِ في الرَّقَبة،

(١) في (ج) و(د) و(هـ): ولو كان بينهما. وانظر «التبيين» ٤/ ١٦٩.

أَخَذ أيًّا شاء بحِصّة مَن لم يُعتِقه، فإن أَخَذ الْمُعتَقَ: رَجَع على صاحِبه، وإن أَخَذ الآخرَ: لا.

ومَن ضَمِن عن عبدٍ مالًا ....

وبَرِئ عن حِصّته من بَدَل الكِتابةِ، ويَبقى على صاحِبه حِصّتُه؛ لأن المالَ في الحَقيقة مُقابَلٌ برَقَبتهما، فيَتوزَّع عليهما ضَرورةً، فإذا تَوزَّع سَقَط حِصّةُ الْمُعتَقِ.

ثم إنه (أَخَذ أيًّا) أي أيَّ العَبدَين (شاء بحِصّة مَن) أي الذي (لم يُعتِقه) فإن شاء أَخَذ الْمُعتَقَ بالكَفالة، وإن شاء أَخَذ صاحِبَه بالأصالة (فإن أَخَذ) الْمَولى (الْمُعتَقَ) بفَتح التّاءِ، وهو العبدُ الذي أعتَقه (رَجَع) أي الْمُعتَقُ (على صاحِبه) لأنه كَفيلٌ عنه بأمره، فيَرجع به عليه (وإن أَخَذ) الْمَولى العبدَ (الآخرَ) وهو الذي لم يُعتِقه (لا) يَرجِع على صاحِبه؛ لأنه أصيلٌ، فلا يَرجع على أحدٍ.

فإن قُلتَ: كيف يكونُ الْمُعتَقُ كَفيلًا عنه والكَفالةُ ببَدَل الكِتابةِ لا تجوزُ؟

قُلتُ: هذا في حالة البَقاءِ؛ لأنه لم يكن في الابتِداء كَفيلًا فقط، وإنما كان بدَلُ الكِتابةِ واجِبًا عليه أصالةً، وقُدِّرت الكَفالةُ[1] فيه في حقِّ صاحِبِه احتيالًا لتَصحيح الأداءِ عن صاحِبه، وبعد العَتقِ لا يُمكِن إيجابُ البدَلِ عليه؛ لاستِغنائه، فلا يُمكِن تَقديرُ الأصالةِ فيه، فيَبقى كَفيلًا.

(ومَن ضَمِن عن عبدٍ مالًا) من الأموال التي ....

(١) في (ج): الكتابة. وانظر «التبيين» ٤/١٦٩.

يُؤخَذ به بعد عَتقِه: فهو حالٌّ، وإن لم يُسَمِّه.

ولو ادَّعى رَقَبةَ العبدِ، فكَفَل به رجلٌ، فمات العبدُ، فبَرْهَن الْمُدَّعي أنه له: ضَمِن قِيمتَه.

(**يُؤخَذ**[1] **به**) أي بذلك المالِ (**بعد عَتقِه**) كالمال الذي لَزِمه بالإقرار، أو بالاستِقراض، أو بالوَطء عن شُبهةٍ، أو استِهلاكِ وَديعةٍ (**فهو**) أي المالُ الذي ضَمِنه (**حالٌّ**) يَعني: يَلزَمُه في الحال (**وإن لم يُسَمِّه**) الضَّامنُ؛ لأن المالَ حالٌّ على العَبد، إلا أن الْمُطالَبةَ تَأخَّرت عنه لعُسرته، والكَفيلُ غيرُ مُعسِرٍ، فصار كما لو كَفَل عن غائبٍ أو مُفلِسٍ، بخِلاف ما إذا تَكَفَّل بدَينٍ مُؤجَّلٍ؛ حيث لا يَلزَم الكَفيلَ حالًّا، ثم إذا أدّى عنه يَرجِع به بعد العَتقِ إن كان بأمره.

واحترَز بقَوله: (بدَينٍ يُؤخَذ[2] به بعد العَتقِ) عمّا يُؤاخَذ[3] به في الحال، مثل دين الاستهلاك عيانًا، أو دينٌ لزمه بالتّجارة بإذن المولى، فإنه: تجوز الكفالة به بلا شبهةٍ.

(**ولو ادَّعى**) شخصٌ (**رَقَبةَ العبدِ، فكَفَل به رجلٌ، فمات العبدُ**) قبل التَّسليمِ إلى الْمُدَّعي (**فبَرْهَن الْمُدَّعي**) أي أقامَ بَيِّنةً على (**أنه**) أي أن العبدَ (**له**) أي مِلكُه (**ضَمِن**) الكَفيلُ (**قِيمتَه**) أي قِيمةَ العبدِ؛ لأنه تَكفَّل عن ذي اليدِ بتَسليم رَقَبةِ العبدِ؛ لأن الْمُدَّعيَ يَدَّعي غصبَ العبدِ على ذي اليدِ[4]..

---

(١) في (ز) و(ح): يؤاخذ. (٢) في (ز) و(ح): يؤاخذ. (٣) في (أ) و(هـ): عما لو أخذ.
(٤) في سوى (أ) و(ج): على دين ذي اليد. وانظر «التبيين» ٤/ ١٧٠.

ولو ادَّعى على عبدٍ مالًا، وكَفَل بنَفسه رجلٌ، فمات العبدُ: بَرِئ الكَفيلُ.
ولو كَفَل عبدٌ عن سَيِّده بأمره، فعَتَق، فأدّاه، ....

والكَفالةُ بالأعيان الْمَضمونةِ بنَفسها جائِزةٌ، فيَجِب على الكَفيل ردُّ العَين، فإن هَلَكت يَجِب عليه قِيمتُها، بخِلاف ما إذا ثَبَت الْمِلكُ له بإقرار ذي اليدِ أو بنُكوله؛ لأن إقرارَ الأصيلِ ليس بحُجّةٍ في حقِّ الكَفيلِ، فلا يَلزَمُه ما لم يُقِرَّ به هو بنَفسه.

(**ولو ادَّعى**) شخصٌ (**على عبدٍ مالًا**) بأن قال: أَخَذ منّي كذا بالغَصب، أو استَهلَكه (**وكَفَل بنَفسه**) أي بنَفس العبدِ (**رجلٌ، فمات العبدُ**) قبل التَّسليمِ إلى الْمُدَّعي (**بَرِئ الكَفيلُ**) لأن العبدَ بَرِئ بمَوته، وبَراءتُه تُوجِب بَراءةَ الكَفيلِ.

(**ولو كَفَل عبدٌ عن سَيِّده بأمره**) ولم يكن على العَبد دَينٌ: صَحَّت هذه الكَفالةُ؛ لأن أمرَ الْمَولى بالتَّكفيل يَصِحُّ إذا لم يكن عليه دَينٌ، فإذا كان عليه دَينٌ مُستغرِقٌ: لا يجوزُ؛ لأنه يَتضمَّن[1] إبطالَ حقِّ الغُرَماءِ، كما لا يجوزُ رهنُه حينَئذٍ..

ثم إذا صحَّ هذا (**فعَتَق**) العبدُ (**فأدّاه**) أي المالَ الْمَكفولَ به: لم يَرجِع به على الْمَولى؛ لأنه لا يَستحِقُّ على الْمَولى شيئًا، وقال زفرُ: يَرجِع إذا أدّى عنه بعدُ بالحُرِّيّة، وكانَت الكَفالةُ بأمره؛ لتَحقُّق الْمُوجِبِ للرُّجوع..

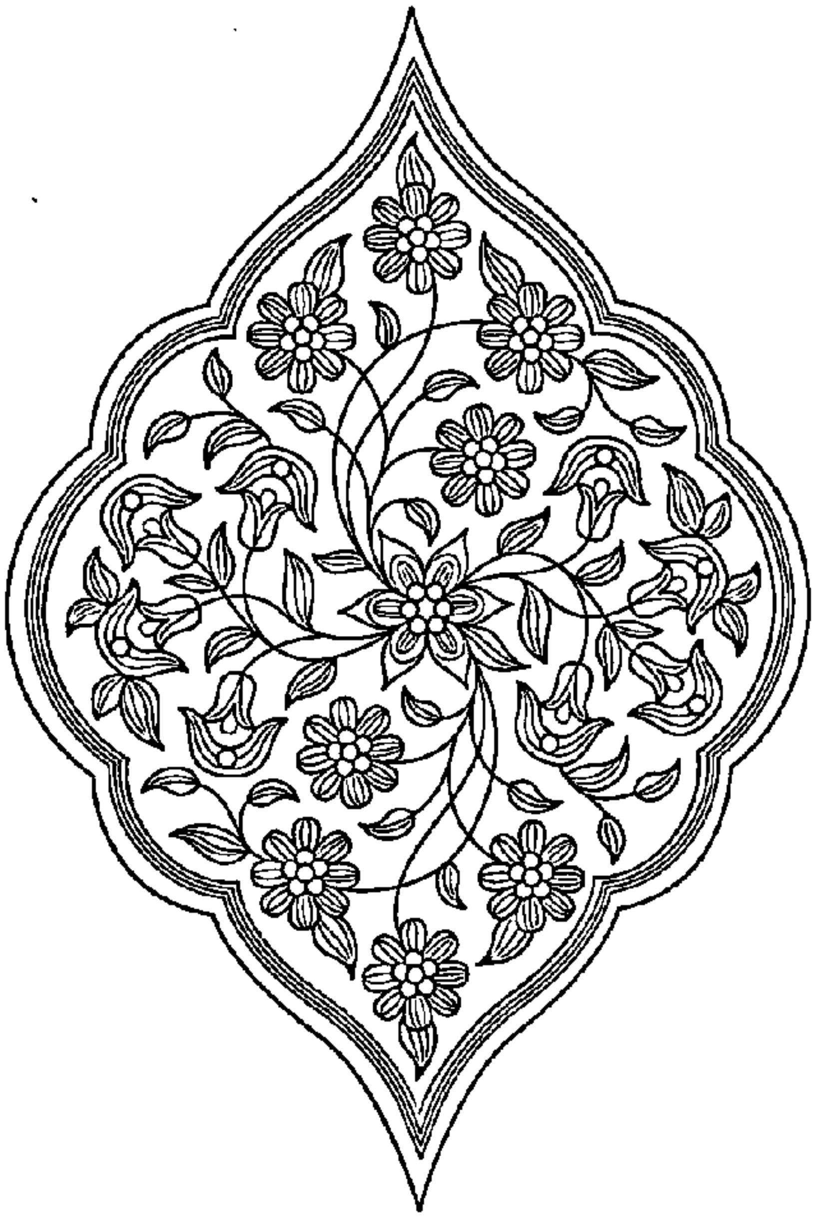
(١) في (أ): لا يتضمن.

أو كَفَل سَيِّدُه عنه وأدّاه بعد عَتقِه: لم يَرجِع واحِدٌ على الآخَر.

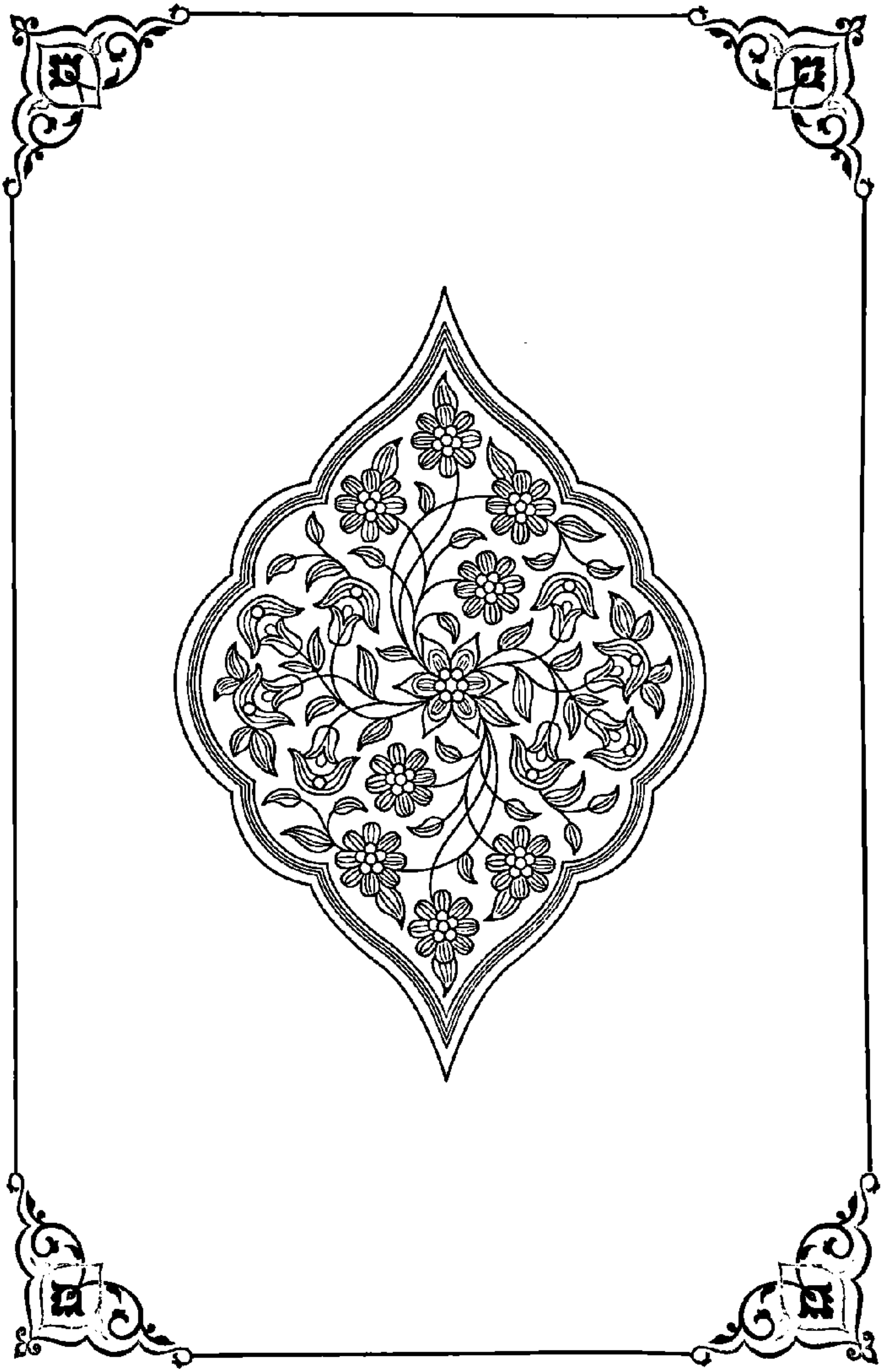
(أو كَفَل سَيِّدُه) أي سَيِّدُ العبدِ **(عنه)** أي عن العَبد: صَحَّت الكَفالةُ كيفما كانَت، ثم إذا صَحَّت **(وأدّاه)** أي الْمَولى: أدّى المالَ الْمَكفولَ به **(بعد عَتقِه)** أي بعد عَتقِ العبدِ: لا يَرجع عليه أيضًا عندنا، خِلافًا لزفرَ..

وقولُه: **(لم يَرجِع واحِدٌ)** من الْمَولى والعبدِ **(على الآخَر)** جَوابُ الْمَسألتَين جَميعًا.

ثم فائِدةُ كَفالةِ الْمَولى عن عَبده: وُجوبُ مُطالَبتِه بإيفاء الدَّينِ من سائِر أموالِه، وفائِدةُ كَفالةِ العبدِ عن مَولاه: تَعلُّقُه برَقَبته.



كتاب الحوالة



كِتاب الحَوالةِ

هي: نقلُ الدَّينِ من ذِمّةٍ إلى ذِمّة.
وتصِحُّ في الدَّين، لا في العَين.

هذا (كِتاب) في بَيان أحكامِ (الحَوالةِ)

وهي لُغةً: التَّحويلُ والنَّقلُ، وشرعًا: (هي) أي الحَوالةُ (نقلُ الدَّينِ من ذِمّة) شخصٍ (إلى ذِمّة) شخصٍ آخرَ.

واختَلَف الْمُتأخِّرون أنها تُوجِب البَراءةَ عن الدَّين والْمُطالَبةِ جَميعًا، أو عن الْمُطالَبة دون الدَّينِ، فقال بعضُهم: تُوجِب البَراءةَ عن الْمُطالَبة دون الدَّينِ، وقال بعضُهم: عنهما جَميعًا.

(وتَصِحُّ) الحَوالةُ (في الدَّين) لأنها تَحويلٌ ونقلٌ، وهو في الدَّين (لا) تَصِحُّ (في العَين) لأن الدَّينَ وصفٌ شَرعيٌّ، وهذا النَّقلُ حُكمٌ شَرعيٌّ يَظهَر أثَرُه في الْمُطالَبة، وأما العينُ: فحِسِّيٌّ، فلا يَنتقِل بالنَّقل الحُكميِّ، بل بالنَّقل الحِسِّيِّ.

فإن قُلتَ: الدَّينُ وصفٌ ثابِتٌ في الذِّمّة، وهو عَرَضٌ[1]، فكيف يَقبَل النَّقلَ[2]؟

---

(١) العَرَض: ما لا يقوم بذاته بل بغيره. «الحدود الأنيقة» ص٧١.

(٢) وجه السؤال أن الأعراض لا تقبل الانتقال على مذهب المتكلمين، فكيف انتقل الدين وهو عرض.

ب: رِضا الْمُحتالِ والْمُحتالِ عليه.

قُلتُ: الأحكامُ الشَّرعيّةُ لها حُكمُ الجَواهِر[1]؛ لأن الشَّرعَ حَكَم ببَقائها بعد الْمُباشَرةِ[2].

وتَصِحُّ (بِرِضا الْمُحتالِ) وهو الدّائنُ؛ لأن الدَّينَ حقُّه، وهذا بالإجماعِ، إلا رِوايةً عن أحمدَ.

(و) بِرِضا (الْمُحتالِ عليه) وهو الذي يَقبَلُ الحَوالةَ؛ لأنه يَلزَمه بالحَوالة، ولا يَلزَم بدون الالتِزامِ إلا عند الشّافعيِّ وأحمدَ في رِوايةٍ: لا يُشترَط رِضاه، وهو اختِيارُ الجُرجانيِّ[3] من أصحابِنا، كذا في «مُختصَر الأسرارِ»، وعند مالِكٍ: لو كان عَدُوًّا شُرِط[4] رِضاه، وإلا فلا.

ولم يَذكُر الشَّيخُ رَحِمَهُ اللَّهُ الْمُحيلَ -وهو الذي عليه الدَّينُ-: لأن الحَوالةَ

---

(١) الجوهر: ما يقبل التحيز. «الحدود الأنيقة» ص٧١.

(٢) وجه الجواب: أن العقود وإن كانت في الأصل أعراضًا -لأنها ليست ذواتٍ متحيزةً- إلا أنها أخذت أحكام الجواهر شرعًا، فصارت تقبل الصحة والفساد، والبقاء والانتقال.

(٣) الجرجانيون من أئمتنا كثيرون، ولعل الجرجاني هذا صاحب «خزانة الأكمل»، وهو أبو عبد الله، يوسف بن علي بن محمد، الجرجاني، تفقه على أبي الحسن الكرخي. وانظر ترجمته في «الجواهر المضية» ٢/ ٢٢٨ و«تاج التراجم» ص٣١٨.
وقال محقق «الجواهر» (طبعة دار الرسالة ٦/ ٦٣٠) ما ملخصة نقل الغزي في «الطبقات السنية» عن العلامة جوي زاده اعتراضه على تفقه الجرجاني بأبي الحسن الكرخي، وذلك أن الجرجاني بدأ بتصنيف كتابه «الخزانة» سنة (٥٢٢)، والكرخي وفاته سنة (٣٤٠)! وتبعه على ذلك اللكنوي في «الفوائد البهية».

(٤) في (هـ): لو كان بمدة اشتراط.

وبَرِئ المُحيلُ بالقَبول من الدَّين.

تَصِحُّ بدون رِضاه؛ لأنه لا ضرَرَ عليه، بل له نفعٌ؛ لأن المُحتالَ عليه إذا أدّى الدَّينَ لا يَرجِع على المُحيل إذا لم تكن الحَوالةُ بأمر المُحيلِ، فكان نَفعًا مَحضًا، كذا ذَكَر في «الزِّيادات» و«العُيونِ».

وفي القُدُوريِّ و«الهِدايةِ» وغيرِهما: وتَصِحُّ برِضا المُحيلِ والمُحتالِ والمُحالِ عليه؛ لأن المُحيلَ هو الأصلُ في الحَوالة، وبه قالَت الثَّلاثةُ.

(وبَرِئ المُحيلُ) وهو المَديونُ (بالقَبول) أي بقَبول الحَوالةِ من المُحتال له والمُحالِ عليه (من الدَّين) يَعني: لا يَرجِع أبدًا إلا بالتَّوى على ما يجيءُ، وقال زفرُ والقاسِمُ بنُ مَعنٍ[1]: لا يَبرَأ؛ لأن المَقصودَ بها التَّوثُّقُ، كالكَفالة لا تُؤثِّر في سُقوط ما كان له من المُطالَبة، وقال ابنُ أبِي لَيلى: يَبرَأ في الكَفالة أيضًا؛ اعتِبارًا بالحَوالة.

ولنا: أن الأحكامَ الشَّرعيّةَ تَثبُت على وَفْق المَعاني اللُّغويّةِ، فمَعنى الحَوالةِ: النَّقلُ والتَّحويلُ، وهو لا يَتحقَّق إلا بفَراغ ذِمّةِ الأصيلِ؛

---

(١) في (أ) و(د): معين. وهو: أبو عبد الله، القاسم بن معن بن عبد الرحمن، المسعودي نسبة لسيدنا ابن مسعود رضي الله عنه، الهذلي، الكوفي، الإمام الفقيه، قاضي الكوفة، كان عالِمًا بالعربية والأخبار والأنساب والأدب، ومن أروى الناس للحديث والشعر، يقال له: شعبي زمانه، وكان سخيًّا، وهو أحد من قال له أبو حنيفة في نفر: أنتم مسارّ قلبي وجِلاء حزني، من مصنفاته: «النوادر» في اللغة، و«غريب المصنف»، توفي رحمه الله سنة (١٧٥هـ)، وانظر ترجمته في «الجواهر المضية» ١/٤١٢.

ولم يَرجِع الْمُحتالُ على الْمُحيل إلا بـ: التَّوى، وهو: أن يَجحَدَ

لأن الدَّينَ متى انتَقَل من ذِمّةٍ لا يَبقى فيها، والكَفالةُ مَعناها الضَّمُّ، فيَقتَضي أن يكونَ مُوجَبُها ضمَّ الذِّمّةِ إلى الذِّمّة، ولا يَتحقَّق ذلك مع بَراءةِ الأصيلِ.

ثم اختَلَفوا في البَراءة على ما ذكَرْنا، فقال أبو يوسف: يَبرَأُ عن الدَّين والْمُطالَبةِ، وقال محمدٌ: يَبرَأ عن الْمُطالَبة فقط، ولا يَبرَأ عن الدَّين.

وثَمَرةُ الخِلافِ تَظهَر في مَوضِعَين، أحَدُهما: إذا أبرَأ الْمُحتالُ الْمُحيلَ من الدَّين، قال أبو يوسف: لا يَصِحُّ، وقال محمدٌ: يَصِحُّ[1]، والثّاني: أن الرّاهنَ إذا أحالَ الْمُرتهِنَ بالدَّين على رجلٍ: كان للرّاهِن أن يَستَرِدَّ الرَّهنَ عند أبي يوسف، كما لو أبرَأه من الدَّين، وعند محمدٍ: ليس له ذلك، كما لو أجَّله.

(ولم يَرجِع الْمُحتالُ على الْمُحيل إلا بالتَّوى) وقال الشّافعيُّ: لا يَرجِع عليه وإن تَوى حقُّه؛ لأن الدَّينَ انتَقَل من ذِمّته، فبَرِئت، فلا يعودُ، كما في الإبراء، وبه قال أحمدُ، ولنا: أن الْمُحتالَ إنما رَضِي بهذا النَّقلِ بشَرط وُصولِ الدَّينِ من جِهة الْمُحتالِ عليه بدَلالة الحالِ، وقد فات هذا الشَّرطُ بالتَّوى، فيعودُ حقُّه إلى ذِمّة الْمُحيلِ.

(وهو) أي التَّوى بأحَد الأمرَين عند أبي حنيفة: إما (أن يَجحَدَ) الْمُحالُ عليه ....

(١) في (أ) و(ب): قال أبو يوسف يصح وقال محمد لا يصح. وانظر «التبيين» ٤/ ١٧٢.

الحَوالةَ، ويَحلِفَ ولا بَيِّنةَ له عليه، أو يمُوت مُفلِسًا.
فإن طَلَب الْمُحتالُ عليه الْمُحيلَ بما أَحال، فقال الْمُحيلُ: أحَلْتُ بدَينٍ

(الحَوالةَ، ويَحلِفَ ولا بَيِّنةَ له) أي لكلٍّ واحِدٍ من الْمُحيل والْمُحتالِ عليه (عليه) أي على الْمُحتال عليه (أو يمُوتَ) الْمُحالِ عليه حالَ كونِه (مُفلِسًا) بأن لم يَترُك مالًا عَينًا ولا دَينًا ولا كَفيلًا، فإذا تَرَك كَفيلًا كَفَل عنه بأمره أو بغَير أمرِه: لا يعودُ الدَّينُ إلى ذِمّة الْمُحيلِ.

وقالا: هذان، ووجهٌ ثالِثٌ: وهو أن يَحكُمَ الحاكِمُ بإفلاسِه حالَ حَياتِه، فهذا بِناءً على أن الإفلاسَ يَتحقَّق عندهما بقَضاء القاضِي، وعنده: لا.

وهذا إذا ثَبَت[1] موتُه مُفلِسًا بتَصادُقهما، فإن اختَلَفا فيه، فقال الْمُحتالُ: مات مُفلِسًا، وأنكَر الآخَرُ: فالقولُ قولُ الْمُحتالِ مع يَمينِه على العِلم؛ لتَمسُّكه بالأصل، وهو العُسرةُ، كما إذا كان هو حيًّا، وأنكَر اليُسرَ.

(فإن طَلَب الْمُحتالُ عليه الْمُحيلَ بما) أي بالذي (أَحال) أي بمِثل ما أَحال به[2] (فقال الْمُحيلُ: أحَلْتُ بدَينٍ) أي بسَبَب دَينٍ ثابِتٍ ......

---

(١) في (أ): أثبت.
(٢) أي إذا أراد المحتال عليه بعد قضاء الدين إلى المحتال له أن يرجع بما أدى إلى المحيل، فقال المحيل: ليس لك أن ترجع علي؛ لأني كنت أحلت عليك بديني، فقال المحتال عليه: بل لي أن أرجع عليك: لا يقبل قول المحيل، والقول قول المحتال عليه. شلبي ٤/ ١٧٣.

لي عليك: ضَمِن الْمُحيلُ مِثلَ الدَّينِ.

وإن قال الْمُحيلُ للمُحتال: أحَلْتُك لتَقبِضَه لي، فقال الْمُحتالُ: أحَلْتَني بدَينٍ لي عليك: فالقولُ للمُحيل.

ولو أَحال بما لَه عند زيدٍ وَديعةً: صَحَّت، فإن هَلَكت: بَرِئ.

(لي عليك) لم يُقبَل قولُه، بل (ضَمِن الْمُحيلُ) للمُحتال عليه (مِثلَ الدَّينِ) الذي أَحال به؛ لتَحقُّق السَّبَب، وهو قَضاءُ دَينِه بأمره، لكن الْمُحيلُ يَدَّعي عليه دَينًا، وهو مُنكِرٌ، والقولُ قولُ الْمُنكِر، وهذا بالإجماع.

(وإن قال الْمُحيلُ للمُحتال: أحَلْتُك) على فُلانٍ (لتَقبِضَه) أي الدَّينَ (لي) أي لأجلي، أرادَ أنه وَكَّله في قَبضه (فقال الْمُحتالُ: أحَلْتَني بدَينٍ) أي بسَبَب دَينٍ (لي عليك: فالقولُ للمُحيل) لأن الْمُحتالَ يَدَّعي عليه الدَّينَ، وهو يُنكِر: فالقولُ للمُنكِر، ولا يكونُ الإقرارُ من الْمُحيل بالحَوالة وإقدامُه عليها إقرارًا منه بأن عليه دَينًا للمُحتال؛ لأن لفظَ الحَوالةِ يُستعمَل بمَعنى الوَكالةِ.

(ولو أَحال) شخصٌ (بما) أي بالشَّيء الذي (له عند زيدٍ) حالَ كونِه (وَديعةً) بأن أودَع عنده ألفَ دِرهَم مثلًا، ثم أَحال بها غَريمَه (صَحَّت) الحَوالةُ؛ لأنه أقدَرُ على التَّسليم، فكانَت أولى بالجَواز (فإن هَلَكت) الوَديعةُ (بَرِئ) زيدٌ الذي هو الْمُحالُ عليه؛ لأن الحَوالةَ مُقيَّدةٌ بها، إذ لم يُلتزَم التَّسليمَ إلا منها.

بخِلاف ما إذا كانَت مُقيَّدةً بالْمَغصوب؛ حيث لا يَبرَأ به؛ لأنه يَخلُف

وكُرِه السَّفاتِجُ.

القِيمةَ[1]، والفَواتُ إلى خَلَفٍ كَلَا فَواتٍ، حتى لو هَلَك الْمَغصوبُ لا إلى خَلَفٍ، بأن استُحِقَّ بالبَيِّنة: صار مِثلَ الوَديعةِ.

(وكُرِه السَّفاتِجُ) قال القُدُوريُّ: هو قرضٌ استَفاد به الْمُقرِضُ سُقوطَ خطَرِ الطَّريقِ، وصورتُه: أن يُقرِضَ مالَه إذا خاف عليه الفَواتَ لِيَرُدَّ عليه في مَوضِع الأمنِ، وفي «الفَتاوى الصُّغرى»: السُّفتَجُ إن كان مَشروطًا في القَرض فهو حَرامٌ، والقرضُ بهذا الشَّرطِ فاسِدٌ، وإن لم يكن مَشروطًا جاز.

وفي «الواقِعات»: رجلٌ أقرَض رجلًا مالًا على أن يَكتُبَ له بها إلى بلَدِ كذا: فإنه لا يجوزُ، وإن أقرَضه بغَير شرطٍ، وكَتَب: كان جائِزًا، وكذلك لو قال: اكتُب لي سُفْتَجةً إلى مَوضِعِ كذا، على أن أُعطِيَك هنا: فلا خيرَ فيه.

وفي «كِفاية» البَيهَقيِّ[2]: وسَفاتِجُ التُّجارِ مَكروهةٌ؛ لأنه يُنتفَعُ بإسقاط خطَرِ الطَّريقِ، إلا أن يُقرِضَ مُطلَقًا، ثم يَكتُبَ السُّفْتَجةَ: فلا بأسَ، هكذا رُوِي عن ابن عبّاسٍ.

---

(١) في سوى (أ) و(هـ): القسمة. وانظر «التبيين» ٤/ ١٧٣.

(٢) أبو القاسم، إسماعيل بن الحسين بن عبد الله، البيهقي، الحنفي، كان إمامًا جليلًا، عارفًا بالفقه، وكان إمام وقته في الفروع والأصول، صنف في المذهب كتابًا سماه «الشامل»، جمع فيه مسائل وفتاوى، تتضمن كتاب «المبسوط» و«الزيادات»، وهو كتاب مفيد في مجلدين، وله كتاب سماه «الكفاية» مختصر «شرح» القدوري =

....

وهو جمعُ سُفْتَجةٍ بضمّ السين وفتحِ التّاءِ، تَعريبُ: سُفْتَه، يَعني: الْمُحكَم، وسُمِّي هذا القرضُ به: لإحكام أمرِه.

فإن قُلتَ: ما وجهُ ذِكرِ هذا في كِتاب الحَوالةِ؟

قُلتُ: أما هؤلاء: فإنهم تَبِعوا القُدُوريَّ، فإنه ذَكَره في كِتاب الحَوالةِ، وأما وجهُ ذِكرِ القُدُوريِّ.. فقِيل: لأنه مُعامَلةٌ في الدُّيون، كالكَفالة والحَوالةِ.

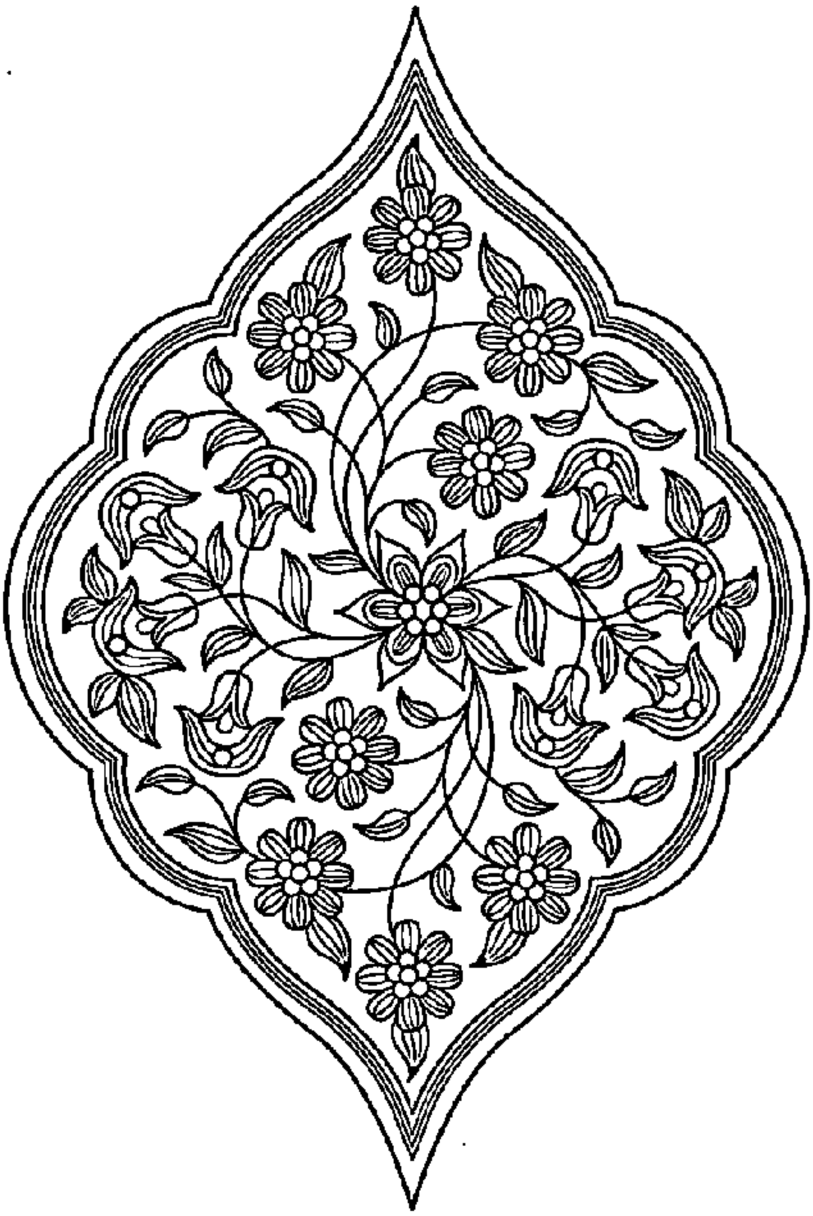
ونُقِل عن الإمام بدرِ الدِّينِ الكَرْدري[1] أنه قال: إنما أَورَدَ[2] هذا في الحَوالة: لأنه أحال الخطَرَ الْمُتوقَّعَ على الْمُستقرِض، فيكونُ في مَعنى الحَوالةِ.

= لـ «مختصر» أبي الحسن الكرخي، توفي رَحِمَهُ اللَّهُ سنة (٤٠٢هـ)، وانظر ترجمته في «الجواهر المضية» ١/ ١٤٧.

(١) في سوى (أ) و(ج): الكردي. وكلا النسبتين وقعت في كتب أئمتنا، والكردي خطأ قطعًا، وإنما المذكور هو: محمد بن محمود بن عبد الكريم، الكردري، المعروف بخواهر زاده، العلامة بدر الدين ابن أخت الشيخ شمس الدين محمد بن عبد الستار الكردري شمس الأئمة، تفقه على خاله شمس الدين الكردري، توفي سلخ ذي القعدة سنة إحدى وخمسين وستمائة ودفن عند خاله. «الجواهر المضية» ٢/ ١٣١. وهو غير خواهر زاده المراد عند إطلاق الحنفية، والمتقدمة ترجمته، فذاك متوفى سنة (٤٨٣ هـ).

(٢) في (ج) و(د): ورد.

كتاب القضاء



كتاب القَضاءِ

أهلُه: أهلُ الشَّهادةِ، والفاسِقُ أهلٌ للقَضاء، كما هو أهلٌ للشَّهادة،

هذا (كِتاب) في بَيان أحكامِ (القَضاءِ)

وهو في اللُّغة: الإتقانُ والإحكامُ، وفي الشَّرع: هو فصلُ الخُصوماتِ، قالَه الشّارحُ، والأَولى أن يُقالَ: هو قولٌ مُلزِمٌ يَصدُر عن وِلايةٍ عامّةٍ.

(أهلُه) أي أهلُ القَضاءِ (أهلُ الشَّهادةِ) فكلُّ من صَلَح شاهِدًا صَلَح قاضِيًا، ومن لا فلا، فلا يجوزُ وِلاية الصَّبيِّ، والمَجنونِ، والعبدِ، والأعمى، والأُطروشُ[1] يجوزُ، وقِيل: لا.

(والفاسِقُ أهلٌ للقَضاء، كما هو أهلٌ للشَّهادة) وقِيل: لا يَصِحُّ قَضاؤُه أصلًا؛ لأنه لا يُؤمَن عليه؛ لفِسقه، وهو قولُ الثَّلاثةِ، واختِيارُ الطَّحاويِّ، ويَنبَغي أن يُفتى به، خُصوصًا في هذا الزَّمانِ[2]، فلذلك قال الشَّيخُ: ....

(١) قال في «المغرب» ص٢٨٩: الطرش: كالصمم، وقد طَرِش من باب لبس، ورجل أطروش: به وقر.

(٢) قال في «رد المحتار» ٥/ ٣٥٦ بعد نقل كلام المصنف هذا: أقول: لو اعتبر هذا لانسد باب القضاء، خصوصًا في زماننا، فلذا كان ما جرى عليه المصنف هو الأصح، كما في «الخلاصة»، وهو أصح الأقاويل، كما في «العمادية». «نهر»، وفي «الفتح»: والوجه تنفيذ قضاء كل من ولاه سلطان ذو شوكة، وإن كان جاهلًا فاسقًا، وهو ظاهر المذهب عندنا، وحينئذٍ فيحكم بفتوى غيره. اهـ.

إلا أنه لا يَنبَغي أن يُقلَّدَ.

(إلا أنه) أي أن الفاسِقَ (لا يَنبَغي أن يُقلَّدَ) لأنه لا يُؤمَن عليه، فكيف يُؤمَن منه على غَيره؟!

وفي «خُلاصة الفَتاوى»: اختَلَفت الرِّواياتُ في تَقليد الفاسِقِ القَضاءَ، والأصحُّ أنه يَصِحُّ التَّقليدُ، ولا يَنعزِل بالفِسق، ثم قال: قال في «المُحيط»: ويَستحِقُّ العزلَ عند عامّةِ المَشايخِ، إلا إذا شُرِط في التَّقليد أنه متى جار يَنعزِل.

وعند الشّافعيِّ: يَنعزِل، والإمامُ يَصيرُ إمامًا مع الفسقِ، ولا يَنعزِل بالفِسق بلا خِلافٍ، وفي «نَوادِر» هِشامٍ: قال محمدٌ: لو فَسَق القاضِي، ثم تاب: فهو على قَضائه، وفي «الأجناس»: عن عليٍّ الرّازيِّ[1] صاحِبِ أبي يوسف: يَنعزِل القاضِي بفِسقه، ولا يَنعزِل الخَليفةُ بفِسقه.

وفي «أدَب القاضِي» للحَسَن بنِ زِيادٍ: في قاضٍ مَكَث وهو عَدْلٌ، ثم فَسَق بعد ذلك وارتَشى، وقد كان قَضى بقَضايا قبل أن يَفسُقَ، وبقَضايا

(١) قال في «الجواهر المضية» ١/ ٣٨٢: علي الرازي، الإمام، قال الصيمري إنه من أقران محمد بن شجاع، قال: وكان عارفًا بمذهب أصحابنا، وطعن على مسائل من «الجامع» ومن الأصول، مع ورع وزهد وسخاء وإفضال. انتهى.
قلت: هذا الذي وقفت عليه في ترجمة (علي الرازي)، وكونه من أقران محمد بن شجاع يبعد معه أن يكون صاحبًا للإمام أبي يوسف، فابن شجاع توفي سنة (٢٦٦هـ)، وأبو يوسف سنة (١٨٣هـ)، فيكون ابن شجاع وطبقته ولدوا غالبًا بعد وفاة أبي يوسف، فضلًا عن أن يكونوا اجتمعوا معه.

ولو كان القاضِي عَدْلًا، ففَسَق بأخذ الرِّشوةِ: لا يَنعزِل، ....

بعدما فَسَق: أُبطِل كلُّ قَضِيَّةٍ قَضى بها بعدما فَسَق، وأُنفِذت القَضايا التي قَضى بها قبل أن يَفسُقَ.

وقال أبو حنيفة: لو أن قاضِيًا قَضى بين النّاسِ زَمانًا، وأَنفَذ قَضايا كَثيرةً، ثم عُلِم أنه فاسِقٌ مُرتَشٍ لم يَزَل مُنذُ وُلِّي على ذلك: يَنبَغي للقاضِي الذي يَختصِمون إليه أن يُبطِلَ كلَّ قَضِيَّةٍ قَضى بها ذلك القاضِي.

(**ولو كان القاضِي عَدْلًا، ففَسَق بأَخذ الرِّشوةِ: لا يَنعزِل**) نظَرًا إلى ابتِداء أمرِه في الوِلاية، وكذا لو فَسَق بغَير الرِّشوةِ أيضًا، وإنما خَصَّ الرِّشوةَ بالذِّكر[1]: لأنها مُعظَمُ الأشياءِ التي تُوجِب الفِسقَ، خُصوصًا بين القُضاةِ.

وذَكَر الأُسترُوشَنيُّ في «فُصوله»: القاضِي إذا ارتَشى وحَكَم: لا يَنفُذ قَضاؤه فيما ارتَشى[2]، ويَنفُذُ فيما لم يَرتَشِ، وذَكَر الإمامُ البَزْدَويُّ أنه يَنفُذ فيما ارتَشى أيضًا، وقال بعضُ مَشايخِنا: إن قَضاياه فيما ارتَشى وفيما لم يَرتَشِ: باطِلةٌ، وبالقَول الأوَّلِ أَخَذ شمسُ الأئِمَةِ السَّرَخسيُّ، وهو اختيارُ الخَصّافِ.

وإن ارتَشى ولَدُ القاضِي، أو كاتِبُه، أو بعضُ أعوانِه.. فإن كان بأمره ورِضاه: فهو وما لو ارتَشى القاضِي سواءٌ، ويكونُ قَضاؤه مَردودًا، وإن كان بغَير عِلمِ القاضِي: نَفَذ، وكان على الْمُرتَشي ردُّ ما قَبَض.

---

(١) في (ب): بذلك. (٢) في (د): قضى.

ويَستحِقُّ العزلَ.

وفي كِتاب «أدَبِ القاضِي» لأبي محمدٍ النَّاصِحيِّ النَّيسابوريِّ[1]: إنْ أَخَذ القاضِي الرِّشوةَ، وحَكَم للذي رَشاه بحقٍّ ليس فيه ظُلمٌ: كان هذا الحُكمُ باطِلًا، ولا يَحِلُّ لأحَدٍ أن يُنفِذَ ذلك القَضاءَ من القُضاة، بل يَرُدُّه، فقد سَقَطت عَدالةُ الْمُرتَشي.

(و) لكنه (يَستحِقُّ العزلَ) لطُرُوِّ الفِسقِ، وقِيل: يَنعزِل بالفِسق، ذَكَره في «الواقِعات»، وبه قالَت الثَّلاثةُ، وفي «النَّوادِر» عن عُلَمائنا الثَّلاثةِ: أن الفاسِقَ لا يَصلُح قاضِيًا.

قال الشَّارحُ: والظاهر هو الأوَّلُ، وأن العَدالةَ شرطُ الأولَويّةِ، وكذا الاجتِهادُ، حتى لو وُلِّي الجاهِلُ صحّ، وقال الشّافعيُّ: لا يجوزُ، إلا أن يكونَ عالِمًا عَدْلًا مَأمونًا.

قُلتُ: يُشيرُ إليه كَلامُ القُدُوريِّ: إن أهليّةَ الشَّهادةِ والاجتِهادِ من شُروط صِحّةِ التَّوليةِ، ولكن الصَّحيحُ أن الاجتِهادَ ليس بشرطٍ، وفي «العُيون»: الاجتِهادُ شرطُ الجَوازِ عند الثَّلاثةِ، ....

---

(١) أبو محمد، عبد الله بن الحسين، الناصحي، قاضي القضاة، وإمام الإسلام، وشيخ الحنفية في عصره، والمقدم على الأكابر من القضاة والأئمة في دهره، له الطريقة الحسنة في الفقه، المرضية عند الفقهاء من أصحابه، وكان ورعًا مجتهدًا قصير اليد، من مصنفاته: مختصر في الوقف، ذكر أنه اختصره من كتاب الخصاف وهلال بن يحيى، توفي رَحِمَهُ اللَّهُ سنة (٤٧٧ هـ)، وانظر ترجمت في «الجواهر المضية» ١/ ٢٧٤

ولو أَخَذ القَضاءَ بالرِّشوة: لا يَصيرُ قاضِيًا.

وقال الغَزاليُّ وابنُ هُبَيرةَ[1] من أصحاب أحمدَ: هذا قبل استِقرارِ الْمَذهَبِ لا بعده.

وفي «خِزانة الفِقهِ» لأبِي اللَّيثِ: ويَصلُح للقَضاء من اجتَمَع فيه ثَمانيةُ أشياءَ: الْمَوثوقُ في عَقله، ودِينِه، وعَفافِه، وصَلاحِه، وعِلمِه، ومَعرِفتِه بالسُّنَن والآثارِ، والتَّأويلِ، وبسُنَن[2] من مَضى قبله من القُضاة.

(ولو أَخَذ القَضاءَ بالرِّشوة: لا يَصيرُ قاضِيًا) فلا يَصِحُّ عُقودُه وفُسوخُه، وقد لَعَن رَسولُ اللهِ صَلَّى اللهُ عَلَيهِ وَسَلَّمَ الرّاشيَ والْمُرتشيَ[3]، وقِيل: الرّائشُ أيضًا[4]، وهو الذي يَمشي بينهما[5]، وتُؤخَذ الرِّشوةُ على يَدِه.

---

(١) عون الدين، أبو المظفر، يحيى بن محمد بن هبيرة، الذهلي الشيباني، البغدادي، الوزير العالم العادل، الفقيه، والعلامة الكبير، كان مكرمًا لأهل العلم، يحضر مجلسه الفضلاء على اختلاف فنونهم، من مصنفاته: «الإفصاح عن معاني الصحاح»، و«الإيضاح والتبيين في اختلاف الأئمة المجتهدين»، و«الإشراف على مذاهب الأشراف»، توفي رَحِمَهُ اللهُ سنة (٥٦٠ هـ)، وانظر ترجمته في «طبقات الحنابلة» ٢/ ١٠٧.

(٢) في (أ): وبسير.

(٣) رواه الإمام أحمد (٦٧٧٨)، وأبو داود (٣٥٨٠)، والترمذي (١٣٣٧)، وابن ماجه (٢٣١٣) ولفظه عنده: «لعنة الله على الراشي والمرتشي».

(٤) ورد لعنه في رواية الإمام أحمد (٢٢٣٩٩)، والبزار (٤١٦٠)، والطبراني (١٤١٥)، والحاكم (٧٠٦٨)،

(٥) هذا التفسير ورد مرفوعًا في رواية الحاكم المارة، وورد موقوفًا من كلام ثوبان رَضِيَ اللهُ عَنْهُ في رواية الإمام أحمد المارة.

والفاسِقُ يَصلُح مُفتيًا، وقيل: لا.

ويَنبَغي أن تُبشَّرَ قُضاةُ هذا الزَّمانِ بهذا الوَعيدِ، ولا سِيَّما قُضاةُ مِصرَ[1]، ومنهم من يَتولّى بالرِّشوة، فإذا عُوتِب عليه يَدَّعي أنّه إنما بَذَله صَونًا للمَنصِب عن وُقوعه في أيدي الجُهّالِ والفُسّاقِ، واللهُ تَعالى لا يَخفى عليه شيءٌ.

(والفاسِقُ يَصلُح مُفتيًا) لأنه يَجتهِد؛ حذرًا عن النِّسبة إلى الخَطَأ (وقيل: لا) يَصلُح؛ لأنه من أمور المُسلِمين، وخبَرُه غيرُ مَقبولٍ في الدِّيانات، وهو الذي اختارَه كَثيرٌ من المُتأخِّرين.

وقال صدرُ الإسلامِ البَزْدَويُّ في «أُصوله»: أجمَع العُلَماءُ والفُقَهاءُ على أن المُفتيَ يَجب أن يكونَ من أهل الاجتِهادِ؛ فإنه لا يَقدِر أن يُفتيَ النّاسَ إذا لم يكن من أهل الاجتِهادِ، فإنه يَحتاجُ إلى الاجتِهاد لا مَحالةَ، وإن لم يكن من أهل الاجتِهادِ لا يَحِلُّ له أن يُفتيَ إلا بطَريق الحِكايةِ، فيَحكيَ ما يَحفَظ من أقوال الفُقَهاءِ، ولا يَحِلُّ له أن يُفتيَ فيما لا يَحفَظ فيه قَولًا من أقوال المُتقدِّمين.

---

(١) هذا حال الغالبية في كل عصر ومصرٍ، وليس في مصرَ ذلك الوقت فقط، ويرحم الله تعالى القائل:

قضاة زماننا أضحوا لصوصًا ... عمومًا في البرية لا خصوصًا
أباحوا أكل أموال اليتامى ... كأنهم رأوا في ذا نصوصًا
ولو أمروا بقسمة ألف ثوب ... لما أعطوا لعريان قميصًا
ولو عند التحية صافحونا ... لسلوا من أصابعنا الفصوصا
فدعني يا أخَيّ من أناس ... يبيعوا دينهم بيعًا رخيصًا

ولا يَنبَغي أن يكونَ القاضِي فَظًّا، غَليظًا، جَبّارًا، عَنيدًا.

ويَنبَغي أن يكونَ مَوثوقًا به في عَفافه، وعقلِه، وصَلاحِه، وفهمِه، وعِلمِه بالسُّنّة والآثارِ، ووُجوهِ الفِقهِ.

والاجتِهادُ شرطُ الأولَويّةِ.

(ولا يَنبَغي أن يكونَ القاضِي فَظًّا) أي جافِيًا (غَليظًا) أي شَديدًا في الكَلام مُتفاحِشًا (جَبّارًا) أي مُتكبّرًا مُقبِلًا بغضَبٍ (عَنيدًا) أي مُعانِدًا عَنيفًا؛ لأن الْمَقصودَ من القَضاء دفعُ الفَسادِ، وهذه الأشياءُ بعَينها فَسادٌ.

(ويَنبَغي أن يكونَ مَوثوقًا به) أي مُعتمَدًا عليه (في عَفافه[1]، وعقلِه، وصَلاحِه، وفهمِه، وعِلمِه بالسُّنّة) وهي قولُ النَّبيِّ ﷺ وفِعلِه (والآثارِ) التي وَرَدت عن الصَّحابة والتّابِعين رضي الله عنهم (ووُجوهِ الفِقهِ) أي الطُّرُقِ التي يُستنبَط الفِقهُ منها، والأُصولِ التي يَنبَني عليها.

(والاجتِهادُ) وهو: بذلُ الْمَجهودِ لنَيل الْمَقصودِ، وهو أن يكونَ عالِمًا بجَميع ما في الكِتاب والسُّنّةِ، وهذا عَزيمةٌ، والرُّخصةُ في ذلك أن يكونَ بحالٍ يُمكِنه طلَبُ الحادِثةِ الواقِعةِ من النُّصوص التي تَتعلّق بها الأحكامُ، فهذا (شرطُ الأولَويّةِ) وعن الثَّلاثةِ: شرطُ الجَوازِ.

وقال أكثَرُ العُلَماءِ: الاجتِهادُ: هو أن يَعلَمَ الكِتابَ بمَعانيه، والسُّنّةَ بطُرُقها، والْمُرادُ بعِلمهما عِلمُ ما يَتعلّق به الأحكامُ منهما، ومَعرِفةُ

(١) في (هـ): (في دينه وعفافه).

والمُفتي يَنبَغي أن يكونَ هكذا.
وكُرِه التَّقليدُ لمن خاف الحَيفَ، وإن أَمِنه: لا، ....

الإجماعِ والقِياسِ؛ ليُمكِنَه استِخراجُ الأحكامِ الشَّرعيّةِ واستِنباطُها من أدِلّتها بطُرُقِها، ولا يُشترَطُ مَعرِفةُ الفُروعِ التي استَخرَجها المُجتهِدون بآرائِهم.

وقِيل: يُشترَطُ مع هذا أن يكونَ عارِفًا بالفُروعِ المَبنيّةِ على اجتِهادِ السَّلَف، كأبي حنيفةَ والشافعيِّ وغيرِهما من المُجتهِدين، وقِيل: مَن حَفِظ «المَبسوط» ومَذهَبَ المُتقدِّمين فهو من أهلِ الاجتِهادِ، وقِيل: لا بُدَّ مع هذا من أن يكونَ صاحِبَ قَريحةٍ يَعرِف بها عاداتِ الناس؛ لأن كَثيرًا من الأحكامِ يُبتنى عليها.

(**والمُفتي يَنبَغي أن يكونَ هكذا**) يَعني: في العِلمِ والأمانةِ.

(**وكُرِه التَّقليدُ لمن خاف الحَيفَ**) أي الظُّلمَ والجَورَ؛ كي لا يكونَ ذَريعةً إلى مُباشَرةِ الظُّلمِ (**وإن أَمِنه**) أي الظُّلمَ (**لا**) يُكرَه التَّقلُّدُ؛ لأن كِبارَ الصَّحابةِ رضي الله عنهم والتّابِعين رَحِمهم اللهُ تَعالى تَقلَّدوه[1]، وكَفى بهم قُدوةً.

(١) قال في «نصب الراية» ٤/٦٣: تقدم عند أبي داود (٣٥٨٢)، والترمذي (١٣٣١)، وابن ماجه (٦٩٠)، أن عليًا تقلد القضاء من النبي صلى الله عليه وسلم، وأخرج البيهقي (٢٠١٥٦) أن أبا بكرٍ لَمّا وُلِّيَ وَلّى عمرَ بن الخطاب القضاء، وأبا عبيدة المال، وأخرج أيضًا (٢٠١٥٧) عن عن أبي وائل: أن عمر استعمل عبد الله بن مسعود على القضاء وبيت المال، وأخرج ابن سعد في «الطبقات» (٢/ ٣٥٩) عن نافع، قال: =

ولا يَسألُه.

ويجوزُ تَقلُّدُ القَضاءِ من السُّلطان العادِلِ والجائرِ، ومن أَهل البغيِ.

(ولا يَسألُه) أي القَضاءَ؛ لأنه حينَئذٍ يَعتمِد على نَفسه، فيَعجِزُ، ومن أُجبِر عليه يَتوكَّل على ربّه فيُلهَمُ.

(ويجوزُ تَقلُّدُ القَضاءِ من السُّلطان العادِلِ والجائرِ) أي الظّالمِ؛ لأن عُلَماءَ السَّلَف تَقلَّدوه من الحَجّاج، إلا إذا كان لا يُمكِّنه من القَضاء بالحقّ، فيَحرُم عليه حينَئذٍ، وفي هذا الزَّمانِ لا يُوجَد السُّلطانُ العادِلُ، حتى قالوا: مَن قال لسُلطان هذا الزَّمانِ: (عَدَلتَ)، أو: (أنت عادِلٌ): يُكفَر.

(و) يجوزُ أيضًا (من أَهل البغيِ) وهم الذين خَرَجوا عن طاعة الإمامِ؛ لأن الصَّحابةَ رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُمْ تَقلَّدوه من مُعاوِيةَ في نَوبة عليٍّ رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ[1]، وكان الحقُّ بيَد عليٍّ رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ، وقد قال عليٌّ رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ: إخوانُنا بَغَوا علينا[2].

= لما استعمل عمر بن الخطاب زيد بن ثابت على القضاء فرض له رزقًا. انتهى باختصار.

(1) قال في «نصب الراية» ٤/ ٦٩: تولى أبو الدرداء القضاء بالشام وبها مات، وكان معاوية استشاره فيمن يولي بعده، فأشار عليه بفُضالة بن عبيد الأنصاري، فولاه الشام بعده.

وأما أن الحق كان بيد عليٍّ في نوبته، فالدليل عليه قول النبي صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ لعمار: «تقتلك الفئة الباغية»، ولا خلاف أنه كان مع علي، قال إمام الحرمين في كتاب «الإرشاد»: وعليٌّ رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ كان إمامًا حقًّا في ولايته، ومقاتلوه بغاة، وحسن الظن بهم يقتضي أن يُظن بهم قصدُ الخير، وإن أخطأوه.

(2) رواه ابن أبي شيبة (٣٧٧٦٣)، والبيهقي (١٦٧١٣).

فإن تَقلَّد: يَسأَلُ دِيوانَ قاضٍ قبله، وهو الخَرائطُ التي فيها السِّجِلَّاتُ والْمَحاضِرُ وغيرُهما.

وقال الإمامُ أبُو محمدٍ النَّاصحيُّ في «تَهذيب أدَبِ القاضِي» للخَصَّاف: قاضِي أهلِ البغيِ والخَوارجِ إذا كان منهم، فقَضى بشيءٍ، ثم رُفِع إلى قاضٍ آخرَ من أهلِ العدلِ: لم يُجِزه وأبطَله؛ لأن الخَوارجَ إذا خَرَجوا على أهلِ العدلِ بالسِّلاح فإنهم يَستحِلُّون أموالَهم، فلا تجوزُ شَهادتُهم، وإذا لم تَجُز شَهادتُهم لم يَجُز قَضاؤُه، فيُنقَض، وهذا قولُ إبراهيمَ النَّخَعيِّ.

ولا يَعمَل على كِتابه أيضًا؛ لأنه لا يجوزُ قَضاؤُه، فلا يَعمَل عمَلَ[1] كِتابه.

(فإن تَقلَّد) أحدُ القَضاة (يَسألُ دِيوانَ قاضٍ قبله، وهو) أي الدِّيوانُ (الخَرائطُ) جمعُ خَريطةٍ، وهي الكِيسُ (التي فيها السِّجِلَّاتُ) وهو جمعُ سِجِلٍّ بكَسر السِّينِ والجيمِ، وتَشديدِ اللَّامِ، وهو: الصَّكُّ، قال اللهُ تَعالى: ﴿كَطَيِّ ٱلسِّجِلِّ لِلْكُتُبِ﴾ [الأنبياء: ١٠٤][2]، ومنه: إسجالُ القاضِي وتَسجيلُه (والْمَحاضِرُ) جمعُ مَحضَرٍ، وهو معروف (وغيرُهما) أي غيرُ السِّجِلَّاتِ والْمَحاضرِ، مِثلُ الصُّكوكِ التي فيها الإقراراتُ، أو قِيَمُ الأشياءِ، أو نُصُبُ الأوصِياءِ في أموال اليَتامى، ونحوُ ذلك..

---

(١) في (ج): على.

(٢) في (ب) و(ج) و(د) و(هـ): للكتاب. والمثبت موافق لقراءة حفص وحمزة والكسائي وخلف، والإفراد للباقين. وانظر «شرح طيبة النشر» للنويري ٢/ ٤٦٠.

ونَظَر في حال الْمَحبوسين، فمن أقَرَّ بحقٍّ، أو قامَت عليه بيِّنةٌ: أَلزَمه، وإلا نادى عليه.

لأنّ الدِّيوانَ وُضِع ليَكونَ حُجّةً عند الحاجةِ، فيُجعَلُ في يَد من له وِلايةُ القَضاءِ، وهذا لأن القاضِيَ يَكتُب نُسختَين، إحداهما في يَده؛ لاحتِمال الحاجةِ إليها، والأُخرى في يَد الخصمِ، وما في يد الخصم لا يُؤمَن عليه التَّغييرُ بزِيادةٍ أو نُقصانٍ.

فإن كانَت الأوراقُ من[1] بَيت المالِ فلا إشكالَ في وَضعها في يَد القاضِي الجَديدِ، وكذا إذا كان من مال الخُصومِ أو من مال القاضِي في الصَّحيح.

ويَبعَثُ عَدلَين من أُمَنائه -أو عَدلًا واحِدًا، والاثنانِ أحوَطُ- ليَقبِضا دِيوانَ الْمَعزولِ بحَضرته أو بحَضرة أمينِه، ويَسألان الْمَعزولَ شيئًا فشيئًا، فما كان فيها من نُسَخ السِّجِلّاتِ يَجمَعانه في خَريطةٍ، وما كان من نَصيب الأوصِياءِ يَجمَعانه في خَريطةٍ، وما كان من نُسَخ قُيَماء[2] الأوقافِ يَجمَعانه في خَريطةٍ، وما كان من الصُّكوك يَجمَعانه في خَريطةٍ، فإذا قَبَضا ذلك خَتَما عليه؛ تَحرُّزًا عن التَّغيير.

(ونَظَر) أي القاضِي الجَديدُ (في حال الْمَحبوسين) لأنه نُصِّب ناظِرًا للمُسلِمين (فمن أقَرَّ) من الْمَحبوسين (بحقٍّ، أو قامَت عليه بيِّنةٌ) بذلك (أَلزَمه) القاضِي به (وإلا) أي وإن لم يُقِرَّ هو بشيءٍ، ولم تَقُم عليه بيِّنةٌ (نادى) مُنادٍ من جِهة القاضِي (عليه) أيّامًا إذا جَلَس القاضِي للحُكم،

---

(١) في (د) و(هـ): في.

(٢) جمع قيِّم.

وعَمِل في الوَدائِع وغَلّاتِ الوقفِ ببيِّنةٍ أو إقرارٍ.
ولم يَعمَل بقَول الْمَعزولِ، إلا أن يُقِرَّ ذو اليدِ أنه سَلَّمها إليه، فيُقبَلُ قولُه فيهما.

ويقولُ: مَن كان يُطالِبُ فُلانَ بنَ فُلانٍ الفُلانيَّ الْمَحبوسَ بحقٍّ فلْيَحضُر؛ حتى يُجمَعَ بينه وبينه، فإن حَضَر أحدٌ وادَّعى عليه بشيءٍ: يَحكُم بينهما، وإلا يَأخُذ منه كَفيلًا ويُطلِقُه.

(وعَمِل) القاضِي (في الوَدائِع وغَلّاتِ الوقفِ ببيِّنةٍ أو إقرارٍ) عمن هو في يَده؛ لأن إقرارَ الأجنَبيِّ غيرُ مَقبولٍ (ولم يَعمَل بقَول) القاضِي (الْمَعزولِ) لأنه بعَزْله التَحَق بالرَّعايا (إلا أن يُقِرَّ ذو اليدِ) أي إلا أن يَعترِفَ الذي في يَده (أنه) أي أن القاضِيَ (سَلَّمها إليه، فيُقبَلُ قولُه) أي قولُ الْمَعزولِ (فيهما) أي في الوَدائِع وغَلّاتِ الوقفِ؛ لأنه يَثبُت بإقراره أنه مُودَعُ القاضِي، ويدُ الْمُودَعِ كيَده، فصار كأنه في يَده، فيُقبَلُ إقرارُه به، إلا إذا بَدَأ صاحِبُ اليدِ بالإقرار لغَيره، ثم أقَرَّ بتَسليم القاضِي إليه والقاضِي يُقِرُّ به لغَيره، فيُسلَّمُ إلى الْمُقَرِّ له الأوَّلِ، ويَضمَن الْمُقِرُّ قِيمتَه للقاضِي بإقراره الثّاني[1].

والْمَسألةُ على أربَعة أوجُهٍ: إما أن يُقِرَّ بأنه سَلَّمه إليه بعدما أقَرَّ به لغَيره، أو يُنكِرَ التَّسليمَ.. فحُكمُهما ما ذكَرْناه، أو يُقِرَّ بأنَّ الْمَعزولَ سَلَّمه إليه، ثم يُقِرَّ به لغَيره .. ..

(١) أي ويُسَلَّم للمقر له من جهة القاضي، كذا في بعض نسخ «الهداية»، وكذا ذكر ابن الهمام. اهـ شلبي ٤/ ١٧٨.

ويَقضي في الْمَسجِد، ....

فلا يُقبَلُ إقرارُه الثّاني[1]، والرّابعُ: أن يُقِرَّ بأن القاضِيَ سَلَّمه إليه، ثم يقولَ: (لا أدري لمن[2] هو).. فحُكمُه ظاهر[3].

(ويَقضي) القاضِي (في الْمَسجِد) وكذلك السُّلطانُ يَجلِس للحُكم في الْمَسجِد؛ لأنه عَلَيْهِ الصَّلَاةُ وَالسَّلَامُ كان يَفصِل الخُصوماتِ في مُعتكَفه[4]، والخُلَفاءُ الرّاشِدون كانُوا يَجلِسون للحُكم في الْمَساجِد[5]، ولأنه أبعَدُ

(١) لأنه لما أقر بأن القاضي سلمه إليه صار كأنه في يد القاضي. «التبيين» ٤/ ١٧٨.

(٢) في (ب) و(د): من هو. وانظر «التبيين» ٤/ ١٧٨.

(٣) أي وهو كونه لمن أقَرَّ له المعزول. اهـ شلبي ٤/ ١٧٨.

(٤) قال في «نصب الراية» ٤/ ٧١: فيه أحاديث: فأخرج الجماعة (البخاري ٤٥٧ ومسلم١٥٥٨) إلا الترمذي عن كعب بن مالك: أنه تقاضى ابن أبي حدرد دَيْنًا كان له عليه في المسجد، فارتفعت أصواتهما حتى سمعهما رسول الله صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ وهو في بيته، فخرج إليهما حتى كشف سجف حجرته، فنادى: «يا كعب»، قال: لبيك يا رسول الله! فأشار بيده أن ضع الشطر من دينك، قال كعب: قد فعلت يا رسول الله، قال: «قم فاقضه». انتهى... قال ابن تيمية في «المنتقى»: فيه جواز الحكم في المسجد.
حديث آخر: أخرجاه في الصحيحين (البخاري ٤٢٣ ومسلم ١٤٩٢) عن سهل بن سعد في قصة اللعان: أن رجلًا قال: يا رسول الله! أرأيت رجلًا وجد مع امرأته رجلًا، إلى أن قال: فتلاعنا في المسجد، وأنا شاهد... إلخ.

(٥) قال في «نصب الراية» ٤/ ٧٢: غريب، وفي «صحيح» البخاري (٩/ ٦٨) في باب من قضى ولاعن في المسجد: ولاعن عمر عند منبر النبي صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ، وقضى شريح، والشعبي، ويحيى بن يعمر في المسجد، وقضى مروان على زيد بن ثابت باليمين عند المنبر... إلخ.

أو في داره.

من الاشتِباه على الغُرَباء[1] وبعضِ المُقِيمين، وأبعَدُ من التُّهَمة في حقِّ القاضِي، فكان أولى، فعلى هذا: الجامِعُ أولى.

وقال الشّافعيُّ: يُكرَه جُلوسُه في المَسجِد[2].

(أو) يَقضِي (في داره) لأن الحُكمَ عِبادةٌ، فلا يَختصُّ بمَكانٍ، ولا يَمنَعُ أحدًا من الدُّخول فيه، ولا بأسَ أن يكونَ[3] مَنزِلُه في وَسَط البَلدةِ رِفقًا بالنّاس.

---

(١) في سوى (أ): الغرماء.

(٢) لأنه يحضره المشرك، وهو نجَسٌ؛ لقوله تعالى: ﴿إِنَّمَا ٱلْمُشْرِكُونَ نَجَسٌ فَلَا يَقْرَبُوا۟ ٱلْمَسْجِدَ ٱلْحَرَامَ﴾ [التوبة: ٢٨]، والحائضُ وهي ممنوعة من دخوله، ولأنه بني لذكر الله تعالى ولإقامة الصلوات، لا للخصومات والمنازعات.
ولنا قوله عَلَيْهِ الصَّلَاةُ وَالسَّلَامُ: «إنما بنيت المساجد لذكر الله تعالى والحكم»، وكان عَلَيْهِ الصَّلَاةُ وَالسَّلَامُ يفصل الخصومات في معتكفه، والخلفاء الراشدون كانوا يجلسون للحكم في المساجد، ولأن الحكم عبادة على ما بينا من قبلُ، فيجوز إقامتها في المسجد كالصلوات، ولأنه أبعد من الاشتباه على الغرباء وبعض المقيمين، وأبعد من التهمة في حق القاضي، فكان أولى.
وليس في بدن المشرك نجاسة تلوث، وإنما ذلك في اعتقاده، والحائض تخبر بحالها؛ لأنها مسلمة فيخرج لها القاضي، كما إذا كانت الخصومة على الدابة، فالجامع أولى؛ لأنه أشهر وأسهل على الناس إذا كان وسط البلد، وإن كان في الطرف يختار مسجدًا آخر في وسط البلدة. «التبيين» ٤/ ١٧٨.

(٣) لعل الأوجه أن يقول: إن كان، بدل أن يكون، وعبارة «التبيين» ٤/ ١٧٨: ثم لا بأس به إذا كان في منزله في وسط البلدة، وإلا فليقعد في وسط البلدة؛ لما ذكرنا.

وَيَرُدُّ هَدِيَّةً، إلا من قَرِيبه، أو ممن جَرَت عادتُه بذلك، ....

ولا يَجلِس وحدَه؛ لأنه يُورِث التُّهَمةَ، إلا إذا كان عالِمًا بالقَضاء[1].

ويُبعِدُ عنه الأعوانَ؛ لأنه أهيَبُ، وقال الطَّحاويُّ في «مُختصَره»: ولا يَنبَغي له أن يقضِيَ وهو يَمشي أو يَسير[2].

(ويَرُدُّ) القاضِي (هَدِيَّةً) لأنها تُشبِه الرِّشوةَ، فيَجتنِب عنها، وعلى هذا كانَت الصَّحابةُ رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُمْ (إلا) أن له أن لا يَرُدَّها (من قَريبه) وهو ذو الرَّحِمِ الْمَحرَمِ؛ لأن في رَدِّها منهم قَطيعةً، وهي حَرامٌ (أو ممن جَرَت عادتُه بذلك) لعَدَم التُّهَمةِ، حتى لو كانَت لهما خُصومةٌ، أو زاد على العادة: يَرُدُّها حينَئذٍ؛ لأنه حينَئذٍ لأَجل القَضاءِ، فيكونُ من الغُلول[3].

---

(١) وإن كان جاهلًا يستحب له أن يُقعِدَ معه أهل العلم؛ لأنه لا يُؤمن من أن يَزِل عن الحق فيُنَبِّهونه عليه، ويُجلسهم قريبًا منه للمشورة، وكذا أهل العدل للشهادة عليه، بخلاف الأعوان، حيث يكونون بعيدًا عنه؛ لأنهم لأجل الهيبة، وهو أهيب. «التبيين» ٤/ ١٧٨.

(٢) لأن الرأي لا يجتمع وهو مشغول بالمشي.
ولا بأس بأن يقعد في الطريق إذا كان لا يضيِّقُ على المارّة، ولا بأس بأن يحكم وهو متكئ؛ لأنه يزيد في الرأي لزيادة راحة فيه، ولكن القضاء مستوي الجلوس أفضل؛ تعظيمًا لأمر القضاء. «التبيين» ٤/ ١٧٨.

(٣) فيدخل في قوله تعالى: ﴿وَمَن يَغْلُلْ يَأْتِ بِمَا غَلَّ يَوْمَ ٱلْقِيَـٰمَةِ﴾ [آل عِمْرَان: ١٦١]، والغلول: قال في «المغرب» ص٣٤٤: في الحديث: «إنه ليحرق في النار على شملة غلها يوم خيبر»، أي أخذها في خفية، من قولهم: غَلَّ فلان كذا غَلًّا، من باب طلب، إذا أخذه ودسه في متاعه، وقد نسي مفعوله في قولهم، غل من المغنم غُلولًا: إذا خان فيه، وقالوا: الغلول والإغلال الخيانة، إلا أن الغلول في المغنم خاصة، والإغلال عام.

ودَعوةً خاصّةً.

(و) يَرُدُّ أيضًا (دَعوةً خاصّةً) يَعني: لا يَحضُرها، وهي التي لا يَتَّخِذها صاحِبُها إلا لأجله[1]، وقِيل: كلُّ دَعوةٍ اتُّخِذت في غَير العُرسِ والخِتانِ فهي خاصّةٌ.

ولم يُفصِّل[2] في الخاصّة بين أن تكونَ من القَريب أو من غَيره، وبين ما إذا جَرَت له عادةٌ بها أو لم تَجرِ.

وفي «الكافِي»: وإن كان بين القاضِي وبين الْمُضيفِ قَرابةٌ يُجيبه في الدَّعوة الخاصّةِ، قال: كذا ذَكَره الخَصّافُ بلا خِلافٍ، وذَكَر الطَّحاويُّ أن على قَولهما: لا يُجيبُ الدَّعوةَ الخاصّةَ للقَريب، وعلى قَول محمدٍ: يُجيبُ.

وفي «الغاية»: وفرقُ ما بين الدَّعوةِ الخاصّةِ والعامّةِ قالوا: إن كان خَمسةُ نفَرٍ أو سِتّةُ نفَرٍ إلى عشَرةٍ: فهي دَعوةٌ خاصّةٌ، فإن جاوَز العشَرةَ فهي دَعوةٌ عامّةٌ، والصَّحيحُ أن صاحِبَ الدَّعوةِ إن كان بحالٍ لو عَلِم أن القاضِيَ لا يَحضُر، لا يَمتنِع من اتِّخاذ الدَّعوةِ: يُجيبُ القاضِي هذه الدَّعوةَ، فهذه دَعوةٌ عامّةٌ، وإن كان بحالٍ لو عَلِم أنه لو اتَّخَذ الدَّعوةَ لا يَحضُرها القاضِي، يَمتنِعُ ولا يَتَّخِذ الدَّعوةَ: فهذه دَعوةٌ خاصّةٌ، فلا يُجيبُها القاضِي.

---

(١) في (هـ): إلا لأجل القضاء. وهو خطأ، والضمير عائد إلى القاضي.

(٢) أي الماتن رَحِمَهُ اللَّهُ.

ويَشهَدُ الجَنازةَ، ويعودُ الْمَرِيضَ، ويُسوِّي بينهما جُلوسًا ....

(ويَشهَدُ الجَنازةَ، ويعودُ الْمَرِيضَ) لأن ذلك من حُقوق الْمُسلِمين، فلا يَمتنِعُ عنها.

(ويُسوِّي بينهما) أي بين الخَصمَين (جُلوسًا) أي من حيث الجُلوسُ، وسواءٌ في ذلك الكَبيرُ والصَّغيرُ، والأبُ والابنُ، والخَليفةُ والرَّعيّةُ، والدَّنيءُ[1] والشَّريفُ.

وفي هذا دَليلٌ على أن للقاضِي أن يَقضِيَ على الْمَلِك الذي وَلّاه القَضاءَ، وهكذا فَعَل شُرَيحٌ رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ مع عليٍّ رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ ومع خصمِه الواحِدِ من الرَّعِيّة، وعليٌّ رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ إذ ذاك خَليفةٌ[2].

---

(١) في سوى (ز) و(ح): والذمي. وانظر «التبيين» ٤/ ١٧٩.

(٢) روى أبو نعيم في «الحلية» ٤/ ١٣٨ وابن الجوزي في «العلل المتناهية» (١٤٦٠): عن إبراهيم بن يزيد التيمي عن أبيه قال: وَجد علي بن أبي طالب درعًا له عند يهودي التقطها فعرفها، فقال: درعي، سقطت عن جمل لي أورق، فقال اليهودي: درعي وفي يدي، ثم قال له اليهودي: بيني وبينك قاضي المسلمين، فأتوا شريحًا، فلما رأى عليًّا قد أقبل تحرف عن موضعه وجلس على فيه، ثم قال علي: لو كان خصمي من المسلمين لساويته في المجلس، ولكني سمعت رسول الله صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ يقول: «لا تساووهم في المجلس، وألجئوهم إلى أضيق الطرق، فإن سبوكم فاضربوهم، وإن ضربوكم فاقتلوهم»، ثم قال شريح: ما تشاء يا أمير المؤمنين؟ قال: درعي سقطت عن جمل لي أورق، والتقطها هذا اليهودي، فقال شريح: ما تقول يا يهودي؟ قال: درعي وفي يدي، فقال شريح: صدقت والله يا أمير المؤمنين، إنها لدرعك، ولكن لابد من شاهدين، فدعا قنبرًا مولاه والحسن بن علي، وشهدا أنها لدرعه، فقال شريح: أما شهادة مولاك فقد أجزناها، وأما شهادة ابنك لك فلا نجيزها، فقال علي: ثكلتك أمك، أما سمعت عمر بن الخطاب =

وإقبالًا.

ولْيَتَّقِ عن مُسارّة أحَدِهما، وإشارتِه، وتَلقينِ حُجّتِه، وضِيافتِه، و

(و) يُسوِّي بينهما (إقبالًا) أيضًا، أي من حيث الإقبالُ، فلا يُقبِل على أحَدهما دون الآخَرِ، ولا يُقعِدُ أحَدَهما من اليَمين والآخَرَ من اليَسار؛ لأن فيه تركَ التَّسوِيةِ.

(ولْيَتَّقِ) أي ولْيَجتنِبِ القاضِي (عن مُسارّة أحَدِهما) وهي أن يُسارِرَ أحَدَهما؛ لأن فيه تُهَمةً (و) عن (إشارتِه) إلى أحَدهما (و) عن (تَلقينِ حُجّتِه) أي حُجّةِ أحَدِهما، وعن أبي يوسف في رِوايةٍ والشّافعيِّ في وجهٍ: لا بأسَ بتَلقين الحُجّةِ (و) عن (ضِيافتِه) أي ضِيافةِ أحَدِهما (و) عن ....

= يقول: قال رسول الله ﷺ: «الحسن والحسين سيدا شباب أهل الجنة»؟ قال: اللهم نعم، قال: أفلا تجيز شهادة سيد شباب أهل الجنة؟ والله لأوجهنك إلى بانقيا تقضي بين أهلها أربعين يومًا، ثم قال لليهودي: خذ الدرع، فقال اليهودي: أمير المؤمنين جاء معي إلى قاضي المسلمين، فقضى عليه ورضي، صدقت والله يا أمير المؤمنين إنها لدرعك، سقطت عن جمل لك، التقطتها، وأشهد أن لا إله إلا الله، وأن محمدًا رسول الله، فوهبها له علي، وأجازه بتسعمائة، وقتل معه يوم صفين.

ورواه الجورقاني في «الأباطيل والمناكير والصحاح والمشاهير» (٢٨١).

ورواه بلفظ قريب البيهقي (٢٠٤٦٥) وقال: قال: فقال الشعبي: لقد رأيته يقاتل المشركين. هذا لفظ حديث أبي زكريا، وفي رواية ابن عبدان قال: يا شريح! لولا أن خصمي نصراني لجثيت بين يديك، وقال في آخره: قال: فوهبها علي رضي الله عنه له، وفرض له ألفين، وأصيب معه يوم صفين، والباقي بمعناه، وروي من وجه آخر أيضًا ضعيف عن الأعمش، عن إبراهيم التيمي.

الْمِزاح، وتَلقينِ الشّاهدِ.

(الْمِزاح) مُطلَقًا، معهما أو مع أحَدِهما أو مع غَيرِهما في مَجلِس الحُكمِ، ولا بأسَ في غَيره بدون إكثارٍ (و) لْيَتَّقِ أيضًا (تَلقينَ الشّاهدِ) لأن فيه إعانةً لأحَد الخَصمَين، واستَحسَنه أبو يوسف في غَير مَوضِعِ التُّهَمةِ(١).

---

(١) فحاصله: أنه لا يكلمهما بغير ما تقدما إليه لأجله، فإن ذلك يُذهب حشمة مجلس القضاء، فإذا حضرا: فهو بالخِيار، إن شاء بدأهما بالكلام، فقال: مالَكُما؟ وإن شاء تركهما حتى يبدآه بالمنطق، وهو أحسن، كي لا يكون مهيِّجًا للخصومة؛ لأنه قعد لقطعها.
وإذا تكلم المدعي أسكت الآخر واستمع حتى يفهم ما يقول، فإذا فرغ الدعوى أمره بالسكوت واستنطق الآخر إذا طلب المدعي ذلك، وقيل: من غير طلبه؛ لأنهما إذا تكلما جملةً لا يتمكن من الفهم.
هذا إذا كانت دعواه صحيحة، وإن لم تكن صحيحةً قال له: قم فصحح دعواك؛ لأن الجواب لا يستحق إلا بعد تصحيح الدعوى، فإذا صحت وأنكر المدعى عليه سأله البينة، فإن عجز عنها: استحلف المدعى عليه إن طلب المدعي يمينه.
ويرتب الناس في الفصل على ترتيب مجيئهم، فيبدأ بالسابق فالسابق، ويجعل في ذلك أمينًا يخبره.
ولا يجمع بين النساء والرجال في زحمة، بل يجعل الرجال ناحيةً والنساء ناحيةً، إلا إذا كان لأحدهما على الآخر دعوى، فيجلسان بين يديه وقت الدعوى. «التبيين» ٤/ ١٧٩.
وقال في «رد المحتار» ٥/ ٣٧٥ بعد تفصيل في المسألة: حكاية الرواية في تلقين الشاهد، والاتفاق في تلقين أحد الخصمين: ينفي ما مر عن العيني، تأمل. انتهى، قلت: يقصد اعتبار عدم البأس بتلقين الخصم رواية عن أبي يوسف.

فصل [في الحبس]

وإذا ثَبَت الحقُّ للمُدَّعي: أَمَره بدَفْع ما عليه، فإن أَبى: حَبَسه في: الثَّمَن، والقرضِ، والمَهرِ المُعجَّلِ، وما التَزَمه بالكَفالة.

فصل [في الحبس]

(وإذا ثَبَت الحقُّ للمُدَّعي أَمَره) أي أَمَر القاضِي المُدَّعى عليه (بدَفْع ما عليه) إلى المُدَّعي (فإن أَبى) أي امتَنَع عن دَفْع ما عليه إليه (حَبَسه) القاضِي (في الثَّمَن) أي في ثَمَن المَبيعِ (والقرضِ) الذي استَقرَضه منه، وكلُّ دَينٍ لَزِمه بدَلًا عن مالٍ حَصَل في يَده (و) في (المَهرِ المُعجَّلِ[1]، و) في (ما التَزَمه بالكَفالة) وكلُّ دَينٍ لَزِمه بعقدٍ؛ لأنه بالإباء ظَهَر مَطلُه.

ثم إن الشَّيخَ لم يَفصِل بين ثُبوتِ الحقِّ ببَيِّنةٍ أو بإقرارٍ، وفَصَل بينهما في «الهِداية» فقال: إذا ثَبَت بالبَيِّنة يَحبِسه؛ لظُهور المَطلِ بإنكارِه، وإن ثَبَت بإقرارِه لم يُعجِّل بحَبسه؛ لأنه لم يُعرَف كونُه مُماطِلًا في أوَّل الوَهلةِ، فلعلَّه طَمِع في الإمهال فلم يَستصحِب المالَ، فإذا امتَنَع بعد ذلك حَبَسه؛ لظُهور مَطلِه.

والصَّوابُ: أن لا يَحبِسَه فيهما إذا طَلَب المُدَّعي ذلك حتى يَسألَه، فإن أقَرَّ أن له مالًا أَمَره بالدَّفع، فإن أَبى حَبَسه؛ لظُهور مَطلِه، وإن أَنكَر المالَ،

(١) المراد بالمهر المعجل الذي يحبس فيه: ما تعورف تعجيله، والزائد عليه لا يحبس فيه؛ لأنه جرى فيه التسامُحُ بتأخير المطالبة وإن كان حالًا، فلا يدل دخوله في العقد على أنه قادر عليه. «التبيين» ٤/ ١٨٠.

لا في غَيره إن ادَّعى الفقرَ، إلا أن يُثْبِتَ غَريمُه غِناه، فيَحبِسُه بما رَأى،

وأقامَ الْمُدَّعي بَيِّنةً أن له مالًا: أمَره بالدَّفع، فإن أبى حَبَسه، وإن عَجَز عن البَيِّنة، ويَدَّعي أن له مالًا، وهو يُنكِر: كان القولُ قولَ الْمُدَّعي.

(لا) يَحبِسُه القاضِي (في غَيره) أي في غَير ما ذُكِر من الدُّيون، مِثلِ أُروشِ الجِناياتِ، ودُيونِ النَّفَقاتِ، وضَمانِ الإعتاقِ[1] (إن ادَّعى) الْمُدَّعى عليه (الفقرَ) لأنه مُتمسِّكٌ بالأصل، وهو الفقرُ (إلا أن يُثْبِتَ غَريمُه) وهو الْمُدَّعي (غِناه) أي بأن له مالًا وهو ينكر (فيَحبِسُه) أي فحينَئذٍ يَحبِسُه؛ لظُهور الْمَطل.

وقُدِّر الحبسُ (بما رَأى) القاضِي، فيَحبِسُه حتى يَغلِبَ على ظنِّه أنه لو كان له مالٌ لأظهَره، ولم يَصبِر على مُقاساته، وذلك يَختلِف باختِلاف الشَّخصِ، والزَّمانِ، والْمَكانِ، والمالِ، فلا مَعنى لتَقديرِه، وما جاء فيه من التَّقدير بشَهرَين، أو ثَلاثةٍ، أو أربَعةٍ، أو خَمسةٍ، أو سِتّةٍ، أو شهرٍ: اتِّفاقيٌّ، وليس بتَقديرٍ حتمًا، وعند بعضِ المالِكيّةِ: في القَليل لا يَحبِسه أكثرَ من نِصف شهرٍ، وفي الكَثير أربَعةَ أشهُرٍ فقط.

---

(١) في (ب) و(د): وضمان الأعيان. وانظر «التبيين» ٤/ ١٨٠. وقال: لأن ذلك مما ليس ببدل مال، ولا ملتزمٌ بعقد إن ادعى الفقر، إلا أن يُثبت المدعي المال بالبينة، فحينئذ يحبسه بقدر ما يرى؛ لأن المنكر متمسك بالأصل؛ إذ الأصل أن الآدمي يولد فقيرًا لا مال له، والمدعي يدعي أمرًا عارضًا، فكان القول لصاحبه مع يمينه، ما لم يكذبه الظاهر، إلا أن يثبت المدعي بالبينة أن له مالًا، بخلاف الفصل المتقدم؛ لأن الظاهر يكذبه؛ لأن المال فيه حصل في يده، ولا يلتزم الإنسان عادةً ما لا يقدر عليه، فظهر غناه بذلك.

ثم يَسأَلُ عنه، فإن لم يَظهَر له مالٌ: خَلّاه.

ولم يَحُل بينه وبين غُرَمائِه.

وردَّ البَيِّنَةَ على إفلاسِه قبل حبسِه.

(ثم يَسأَلُ) القاضِي (عنه) أي عن الْمَحبوس بعدما حَبَسه قَدْرَ ما يَراه (فإن لم يَظهَر له مالٌ) بأن قامَت بَيِّنةٌ على إعساره (خَلّاه) أي أخرَجه من الحَبس، ولا يَحتاجُ فيه إلى لَفظ الشَّهادةِ، والعَدْلُ الواحِدُ يَكفي في هذا، والاثنانِ أحوَطُ.

وكَيفيَّتُه أن يقولَ الشّاهدُ: إنَّ حالَه حالُ الْمُعسِرين في نَفَقته وكِسوتِه، وحالُه ضَيِّقةٌ، وقد اختَبَرْنا حالَه في السِّرِّ والعَلانِيَةِ.

(ولم يَحُل) أي لم يُفرِّق (بينه) أي بين هذا الْمَديونِ (وبين غُرَمائِه) أي لا يَمنَعُهُم عن مُلازَمته عند أبي حنيفة، وقالا: يَمنَعهم؛ لأنه مُنتظَرٌ بإنظار اللهِ تَعالى إلى الْمَيسَرة[1]، وبه قال زفرُ والشّافعيُّ وأحمدُ، وله: أنه مُنتظَرٌ إلى زَمان قُدرتِه على الإيفاء، وذلك مُمكِنٌ في كلِّ ساعةٍ، فيُلازِمونه؛ كي لا يُخفِيَه.

(وردَّ) القاضِي (البَيِّنَةَ على إفلاسِه قبل حبسِه) لأنها بَيِّنةٌ على النَّفي، فلا تُقبَل ما لم تَتأيَّد بمُؤيِّدٍ، وهو الحبسُ، وبعده تُقبَل على سَبيل الاحتِياطِ لا على الوُجوب، وعن محمدٍ: أنها تُقبَل قبل الحبسِ، وبه قال الشّافعيُّ وأحمدُ في رِوايةٍ، وبه كان يُفتي الفَقيهُ أبو بكرٍ محمدُ بنُ

(١) في قوله تعالى: ﴿وَإِن كَانَ ذُو عُسْرَةٍ فَنَظِرَةٌ إِلَىٰ مَيْسَرَةٍ﴾ [البقرة: ٢٨٠].

وبَيِّنةُ اليَسارِ أحقُّ، وأبَّد حبْسَ الْمُوسرِ.

ويُحبَس الرَّجُلُ لنَفَقة زَوجتِه، لا في دَين ولَدِه، إلا إذا أبى من الإنفاق عليه.

الفضلِ، ونُصَيرُ بنُ يَحيى، وعامّةُ الْمَشايخِ على الأوّل.

(وبَيِّنةُ اليَسارِ أحقُّ) يَعني: إذا أقامَ الْمُدَّعي البيِّنةَ على اليَسار، وأقامَ الْمُدَّعى عليه بيِّنةً على الإعسار: كانَت بَيِّنةُ اليَسارِ أولى؛ لأن اليَسارَ عارِضٌ، والبَيِّنةُ للإثبات.

(وأبَّد) القاضِي (حبْسَ الْمُوسرِ) لأنه جَزاءُ الظُّلمِ[1]، فإذا امتَنَع من إيفاء الحقِّ مع القُدرةِ عليه: خَلَّده في الحَبس.

(ويُحبَس الرَّجُلُ لنَفَقة زَوجتِه) لأنه ظالِمٌ بالامتِناع عن الإنفاق، بخِلاف النَّفَقةِ الماضِيةِ؛ لأنها تَسقُطُ بمُضِيِّ الزَّمانِ.

(لا) يُحبَس الوالِدُ (في دَين ولَدِه) لأن الوالِدَ لا يَستحِقُّ العُقوبةَ بسَبَب ولَدِه (إلا إذا أَبى) أي امتَنَع (من الإنفاق عليه) أي على وَلَده، فإنه حينَئذٍ يُحبَس؛ لأنه بالْمَنع قَصَد إهلاكَه، فيُحبَسُ لدَفْع الهَلاكِ عنه؛ ألا تَرى أن له أن يَدفَعَه بقَتْله إذا شَهَر عليه السَّيفَ، ولم يُمكِنه دفعُه إلا بالقتل[2]!

وهكذا حُكمُ الأجدادِ والجَدّاتِ وإن عَلَوا.

---

(١) في (ز) و(ح): الظالم.

(٢) ولأن دين النفقة يسقط بمضي الزمان، فلو لم يحبس عليها تفوت، بخلاف سائر الديون؛ لأنها لا تسقط بمضي الزمان، فلا يُخاف فيها الفوات. «التبيين» ٤/ ١٨٢.

....

وكذا الْمَولى لا يُحبَس بدَين عبدِه الْمَأذونِ، إن لم يكن على العَبد دَينٌ؛ لأن مالَه للمَولى، وإن كان عليه دَينٌ يُحبَس، ولا يُحبَس العبدُ بدَين الْمَولى، والْمَولى يُحبَس بدَين مُكاتَبِه، إذا لم يكن من جِنس بدَلِ الكِتابةِ، وإن كان من جِنسه لا يُحبَس؛ لوُقوع الْمُقاصّةِ به.

ثم صِفةُ الحبسِ: أن يكونَ في مَوضِعٍ ليس فيه فِراشٌ ولا وِطاءٌ، ولا يُخلّى أحدٌ يَدخُل عليه ليَستأنِسَ به، ولا يَخرُج لجُمُعةٍ، ولا لجَماعةٍ، ولا لحجٍّ فرضٍ، ولا لجَنازةٍ، ولو أعطى كَفيلًا، ولا لِمَجيء رَمَضانَ، ولا للأعياد؛ ليَضجَرَ به قلبُه ويُوفِيَ.

ولا يَخرُج لِمَوت قَريبِه، إلا إذا لم يُوجَد من يُغسّله ويُكفّنه، فيَخرُج حينَئذٍ لقَرابة الوِلادِ، وفي رِوايةٍ: يَخرُج وإن وُجِد من يُجهّزُه.

وإن مَرِض مرَضًا أضناه.. فإن كان له من يَخدُمُه: لا يُخرَج، وإلا أُخرِج، ولا يُخرَج للمُعالَجة.

وإن احتاجَ إلى الجِماع لا يُمنَع من دُخول امرَأتِه أو جارِيتِه عليه، إن كان في السِّجن مَوضِعُ سُترةٍ؛ لأن اقتِضاءَ شَهوةِ الفرجِ كاقتِضاء شَهوةِ البطنِ، وقِيل: يُمنَع؛ لأنه من فُضول الحَوائجِ.

ولا يُمنَع من دُخول قَرابتِه وجِيرانِه عليه، ولكن لا يُمكّنون من الْمُكث طَويلًا.

والمالُ الذي يُحبَس فيه غيرُ مُقدَّرٍ، حتى يُحبَسُ في دِرهَمٍ وما دونه؛ لأن مانِعَه ظالِمٌ مُتعنّتٌ، والله أعلمُ.

باب كِتابِ القاضِي إلى القاضِي وغيرِه

ويَكتُب القاضِي إلى القاضِي، في غَير حدٍّ وقوَدٍ.

هذا (باب) في بَيان أحكامِ (كِتابِ القاضِي إلى القاضِي وغيرِه[1])

(ويَكتُب القاضِي إلى القاضِي في غَير حدٍّ وقوَدٍ) أي قِصاصٍ؛ لما رُوِي أن عليًا رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ: أجازَ ذلك لحاجة النّاسِ إليه[2]، وهذا بالإجماع، إلا رِوايةً عن مالِكٍ: أنه يَكتُب فيهما أيضًا.

وقولُه: (في غَير حدٍّ وقوَدٍ) يَدخُل تحته كلُّ حقٍّ لا يَسقُط بالشُّبهة، كالدَّين، والنِّكاحِ، والطَّلاقِ، والشُّفعةِ، والوَكالةِ، والوصِيّةِ، والوَفاةِ، والوِراثةِ، والقتلِ إذا كان مُوجِبًا للمال، والنَّسَبِ من الحيِّ والميْتِ، والغصبِ، والأمانةِ الْمَجحودةِ، والْمُضارَبةِ الْمَجحودةِ..

والأعيانِ الْمَنقولةِ، كالعَبد والجارِيةِ، وغيرِ الْمَنقولةِ، كالعَقار، يُروى ذلك عن محمدٍ، وعليه الْمُتأخِّرون، وهو الذي يُفتى به؛ للضَّرورة، وفي ظاهِر الرِّوايةِ: لا يجوزُ في الْمَنقول؛ للحاجة إلى الإشارة إليها عند الدَّعوى والشَّهادةِ، بخِلاف العَقارِ وغيرِها من الحُقوق[3].

---

(١) أراد بالغير قوله: وتقضي المرأة... إلى آخره. «النهر» ٣/ ٦١٩.

(٢) لم أهتدِ إليه، وانظر ما ذكره في «إعلاء السنن» ١٥/ ٩٩ من أدلتنا وأدلة الخصوم والجواب عليها وعلى ما انتقدوا فيه الحنفية من تفريقهم بين الكتاب بالحد والكتاب بالمال ونحوه.

(٣) لأنها تُعرف بالوصف؛ إذ لا يمكن الإشارة إلى الدين وأمثاله، والعقار يعرف بالحدود، ولا يحتاج إلى إحضاره إلى مجلس الحاكم، فصار كالدين، وفي دعوى النكاح =

فإن شَهِدوا على خصمٍ: حَكَم بالشَّهادة، وكَتَب بحُكمه، وهو الْمَدعوُّ سِجِلًّا، وإلا لم يَحكُم، وكَتَب الشَّهادةَ ليَحكُمَ الْمَكتوبُ إليه بها، وهو: الكِتابُ الحُكميُّ، وهو نقلُ الشَّهادةِ في الحَقيقة.

وعن أبي يوسف: أنه أجاز في العَبد دون الأمةِ وغيرِها من الْمَنقولات؛ لغَلَبة الإباقِ فيه.

(فإن شَهِدوا) أي الشُّهودُ (على خصمٍ) حاضِرٍ (حَكَم بالشَّهادة) لوُجود الحُجّةِ، ولحُضور الخصمِ (وكَتَب بحُكمه) حتى لا يَنسى الواقِعةَ على طُول الزَّمانِ، وليَكونَ الكِتابُ مُذكِّرًا لها، وإلا فلا يَحتاجُ إلى كِتاب الحُكمِ؛ لأنه قد تمَّ بحُضور الخصمِ بنَفسه، أو مَن يقومُ مَقامَه.

(وهو) أي كِتابُ الحُكمِ (الْمَدعوُّ سِجِلًّا) أي الْمُسمّى سِجِلًّا؛ لأنه سَجَّله، أي أحكَمه بالحُكم (وإلا) أي وإن لم يكن الخصمُ حاضِرًا (لم يَحكُم) لأن الحُكمَ على الغائِب لا يجوزُ، ولو حَكَم به حاكِمٌ يَرى ذلك، ثم نُقِل إليه: نَفَّذه، بخِلاف الكِتابِ الحُكميِّ؛ حيث لا يُنفِّذ خِلافَ مَذهَبِه؛ لأن الأوّلَ مَحكومٌ به، فيَلزَمُه، والثّانيَ ابتِداءُ حُكمٍ، فلا يجوزُ له.

(وكَتَب) القاضِي (الشَّهادةَ ليَحكُمَ) القاضِي (الْمَكتوبُ إليه بها) أي بهذه الشَّهادةِ (وهو الكِتابُ الحُكميُّ) وليس بسِجِلٍّ (وهو نقلُ الشَّهادةِ في الحَقيقة) لأنه لم يَحكُم بالشَّهادة، وإنما نَقَلها إليه ليَحكُمَ بها، ولهذا يَحكُم الْمَكتوبُ إليه برَأيه، وإن خالَف رأيُه رأيَ الكِتابِ، بخِلاف

= المقصود نفس النكاح لا نفس المرأة أو نفس الرجل، وإنما هما كالدائن والمدين، والنكاح كالدين، وكذلك الطلاق، فلا يحتاج فيه إلى الإشارة. «التبيين» ٤/ ١٨٣.

وقَرَأ عليهم، وخَتَم عندهم، وسَلَّم إليهم، فإن وَصَل إلى الْمَكتوب إليه: نَظَر إلى خَتْمه، ولم يَقبَله بلا خصمٍ ولا شُهودٍ.

السِّجِلُّ؛ فإنّه ليس له أن يُخالِفَه ويَنقُضَ حُكمَه؛ لأنه استَحكَم بالقَضاء.

(**وقَرَأ**) القاضِي الكاتِبُ الشَّهادةَ (**عليهم**) أي على الشُّهود الذين يُشهِدهم عليه؛ لأنهم يَشهَدون عند الثّاني، فلا بُدَّ من القِراءة عليهم ليَعرِفوا ما فيه؛ إذ لا شَهادةَ بدون العِلمِ (**وخَتَم**) الكِتابَ (**عندهم**) أي عند الشُّهودِ (**وسَلَّم**) الكِتابَ (**إليهم**) كي لا يُتوهَّمَ التَّغييرُ.

ومن شَرائِطه: أن يكونَ للكِتاب عُنوانٌ، وهو أن يَكتُبَ فيه اسمَه واسمَ أبِيه وجَدِّه، واسمَ القاضِي الْمَكتوبِ إليه وأبِيه وجَدِّه، حتى لو أخَلَّ بشيءٍ منها لا يَقبَلُ الكِتابَ.

ويَكتُبُ العُنوانَ من داخِل الكِتابِ، حتى لو كان على الظّاهِر لا يُقبَلُ، وقِيل: هذا في عُرفهم، أما في عُرفنا: فالعُنوانُ يكونُ على الظّاهِر، فيُعمَلُ به.

ويَكتُبُ فيه اسمَ الْمُدّعى عليه واسمَ الْمُدَّعي على وجهٍ يَقَع به التَّمييزُ، ويَذكُرُ الحقَّ، ويَذكُرُ الشُّهودَ إن شاء، وإن شاء اكتَفى بذِكر شَهادتِهم.

(**فإن وَصَل**) الكِتابُ (**إلى الْمَكتوب إليه نَظَر إلى خَتْمه، ولم يَقبَله**) أي لم يَقبَل القاضِي الْمَكتوبُ إليه هذا الكِتابَ (**بلا خصمٍ ولا شُهودٍ**) لأن هذا الكِتابَ للحُكم به، فلا يَقبَلُه إلا بحُضور الخصمِ، كالشَّهادة، بخِلاف القاضِي الكاتِبِ؛ حيث يَسمَع الشَّهادةَ ويَكتُبها والخصمُ غائِبٌ؛ لأنه للنَّقل لا للحُكم، كما بَيَّنّا.

فإن شَهِدوا أنه كِتابُ فُلانٍ القاضِي، سَلَّمه إلينا في مَجلِس حُكمِه، وقَرَأه علينا، وخَتَمه: فَتَح القاضِي، وقَرَأه على الخَصم، وألزَمه ما فيه.

(فإن شَهِدوا) أي الشُّهودُ (أنه) أي أن الكِتابَ الذي وَصَل إليه (كِتابُ فُلانٍ القاضِي، سَلَّمه إلينا في مَجلِس حُكمِه، وقَرَأه علينا، وخَتَمه: فَتَح القاضِي) الْمَكتوبُ إليه (وقَرَأه على الخَصم، وألزَمه) أي الخصمَ (ما فيه) أي ما في الكِتاب.

هذا إذا ثَبَت عَدالتُهم عنده، بأن كان يَعرِفُهم بالعَدالة، أو وَجَد في الكِتاب عَدالتَهم، أو يَسألُ من يَعرِفهم من الثِّقات، فزُكُّوا، وأما قبل ظُهورِ عَدالتِهم: فلا يَحكُمُ به، ولا يَلزَمُ الخصمَ؛ لأنه لا يكونُ حُجَّةً إلا بعد ظُهورِ عَدالتِهم، وعن الخَصّاف: أنّه لا يَفتَحُه إلا بعد ظُهورِ عَدالتِهم.

ولو قالَت الشُّهودُ: لم يُسلِّمه إلينا، أو: لم يَقرَأه علينا، أو: (لم يَختِمه بحَضرتنا): لم يَعمَل به.

وشَرَط في «الذَّخيرة» حُضورَ الخصمِ لقَبول البَيِّنةِ بأنه كِتابُ فُلانٍ، لا لقَبول الكِتابِ، حتى لو قَبِله مع غَيبةِ الخصمِ جاز، والأشبَهُ أن هذا قولُ أبي يوسف، فإنه عنده: يَقبَلُه من غَير بَيِّنةٍ ومن يَد الْمُدَّعي أيضًا إذا جاء به وحدَه، وكذا سَهَّل[1] عند الإثباتِ، فقال: إذا شَهِدوا أنه كِتابُه، ولم يَشهَدوا بالخَتم وغيرِه: ....

(١) في (ج): وكذا شهد. وانظر «التبيين» ٤/ ١٨٦.

وبَطُلُ الكِتابُ بمَوت الكاتِبِ، وعزلِه، ....

قَبله، فسَهَّل[1] في ذلك لما ابتُلِي بالقَضاء، وليس الخبَرُ كالمُعايَنة.

ولو وَجَد في الكِتاب ما يُخالِف شَهادتَهم رَدَّه.

ثم لا بُدَّ من مَسافةٍ بين القاضِيَين حتى يجوزَ كِتابُ القاضِي، واختَلَفوا فيها، فمنهم من قال: هي مُعتبَرةٌ بالشَّهادة على الشَّهادة، وهي مَسيرةُ ثَلاثةِ أيّامٍ في ظاهِر الرِّوايةِ، وعن أبي يوسف: أنه لو كان في مَكانٍ لو غَدا لأداء الشَّهادةِ لا يَستَطيع أن يَبيتَ في أهله: صحَّ الإشهادُ، وعن محمدٍ: أنه يجوزُ الشَّهادةُ على الشَّهادة، وإن كان الأصلُ صَحيحًا في المِصر.

وذَكَر الكَرْخيّ في «اختِلاف الفُقَهاءِ»: أن كِتابَ القاضِي إلى القاضِي مَقبولٌ، وإن كانا في مِصرٍ واحِدٍ، فكأنّهما اعتَبَراه بالتَّوكيل، وفي الظّاهِر اعتُبِر العجزُ.

وفي «خِزانة الفِقه»: ويجوزُ كِتابُ القاضِي إلى القاضِي في المِصرَين، أو من قاضِي مِصرٍ إلى قاضِي رُستاقٍ[2]، ولا يجوزُ من قاضِي رُستاقٍ إلى قاضِي مِصرٍ.

(ويَبطُلُ الكِتابُ بمَوت) القاضِي (الكاتِبِ وعزلِه) يَعني: قبل وُصولِه إلى القاضِي الثّاني، أو بعده قبل أن يَقرَأه عليهم؛ لأنه بَمنزِلة الشَّهادةِ على الشَّهادة، فبمَوت الأُصولِ قبل أداءِ الفُروعِ الشَّهادةَ تَبطُلُ شَهادةُ

---

(١) في (ج): فشهد.

(٢) الرُّسْتاق: معرب، ويُستعمل في الناحية التي هي طرف الإقليم. «المصباح» ١/ ٢٢٦.

وموتِ الْمَكتوبِ إليه، إلا إذا كَتَب بعد اسمِه: وإلى كلِّ من يَصِل إليه من قُضاة الْمُسلِمين، ....

الفروع، فكذا هذا، وكذا إذا جُنَّ الكاتِبُ، أو ارتَدّ، أو قَذَف فحُدّ، أو عَمِي، وقال أبو يوسف: لا يَبْطُلُ، بل الْمَكتوبُ إليه يَقضي به، وبه قال الشّافعيُّ ومالِكٌ وأحمدُ في رِوايةٍ.

ولو مات القاضِي الكاتِبُ بعدما قَرَأ الكِتابَ لا يَبطُل في ظاهِر الرّوايةِ، ويَحكُمُ به الْمَكتوبُ إليه؛ لأنه وَجَب عليه القَضاءُ به بالقِراءة، فلا يَبطُلُ بالْمَوت، كما لو مات الشّاهِدُ بعد أداءِ الشَّهادةِ قبل الحُكمِ بها، وفي اختِلافِ زفرَ ويعقوبَ: أنه لا يَقضي به إذا مات قبل قَضائِه.

(وموتِ الْمَكتوبِ إليه) بالجرّ، أي ويَبطُل أيضًا بمَوت القاضِي الْمَكتوبِ إليه (إلا إذا كَتَب) القاضِي الأوَّلُ (بعد اسمِه) أي بعد اسمِ القاضِي الْمَكتوبِ إليه: **(وإلى كلِّ من يَصِل إليه من قُضاة الْمُسلِمين)** فحينَئذٍ لا يَبطُلُ بمَوت القاضِي الْمَكتوبِ إليه.

وقالَت الثّلاثةُ: لا يَبطُلُ بمَوت الْمَكتوبِ إليه، وإن لم يَقُل: وإلى كلِّ من يَصِل إليه من قُضاة المسلمين، ويَحكُمُ القاضِي الذي جاء بعده به.

ولنا: أن القاضِيَ الكاتِبَ اعتَمَد على عِلم الأوَّلِ وأمانتِه، والقُضاةُ يَتفاوَتون في الأمانة، فصار نَظيرَ الأَمَناءِ في الأموال..

بخِلاف ما إذا قال: (وإلى كلِّ من يَصِل إليه من قُضاة الْمُسلِمين)؛ لأنه اعتَمَد الكلَّ، فكان مَكتوبًا إليهم، بخِلاف ما إذا قال ابتِداءً: (وإلى كلِّ من

لا بمَوت الخصم.

وتَقضي الْمَرأةُ في غَير حدٍّ وقوَدٍ.

يَصِل إليه من قُضاة الْمُسلِمين)؛ حيث لا يجوزُ أن يَحكُمَ به أحدٌ؛ لأن إعلامَ ما في الكِتاب والْمَكتوبِ إليه شرطٌ، وتمامُ الإعلامِ لا يَحصُل[1] بهذا القَدْرِ.

وإذا عَيَّن واحِدًا حَصَل التَّعريفُ، وأجاز أبو يوسف من غَير تَعيينِ أحدٍ من القُضاة حينَ ابتُلِي بالقَضاء، واستَحسَنه كَثيرٌ من الْمَشايخ؛ تَسهيلًا للأمر، ولا يَقبَل القاضِي رِسالةَ قاضٍ آخرَ وإن قامَت عليها بَيِّنةٌ؛ لأنه يَنقُلُ عِبارتَه.

ويجوزُ للقاضِي الْمَكتوبِ إليه أن يَكتُبَ كِتابًا إلى قاضٍ آخرَ إذا تَعذَّر حُضورُ خصمِه عنده، وكذا للمَكتوب إليه ثانيًا أن يَكتُبَ إلى آخر.. إلى ما لا يَتناهى.

(لا) يَبطُل الكِتابُ (بمَوت الخصمِ) بالإجماع؛ لأن وارِثَه يقومُ مَقامَه، فيَنفُذُ عليه.

(وتَقضي الْمَرأةُ في غَير حدٍّ وقوَدٍ) أي قِصاصٍ؛ لأن القَضاءَ يُستقى[2] من الشَّهادة، وشَهادتُها جائِزةٌ في غَير الحُدودِ، فكذا يجوزُ قَضاؤُها في غَير الحُدودِ.

---

(١) في (ج): وتمام الإعلام يحصل. وانظر «التبيين» ٤/ ١٨٧.

(٢) في (أ): يستفاد، وفي (ج): يستسعى، وفي (هـ): مشتق. وانظر «التبيين» ٤/ ١٨٧.

ولا يُستخلَفُ قاضٍ، إلا أن يُفوَّضَ إليه ذلك، ....

وعن الشّافعيّ: لا يجوزُ أن تُولّى الْمَرأةُ؛ لقُصور عقلِها، قُلنا: هي من أَهل الشَّهادةِ، فصارَت كالرَّجُل..

وقال الإمامُ العتّابيُّ في «شَرح الجامِعِ الكَبيرِ»: امرَأةٌ قُلِّدت القَضاءَ، وقَضَت في الأَموال: صحّ؛ لأنها تَصلُح شاهِدةً في باب[1] المالِ، فتَصلُح قاضِيةً، ولو قَضَت بالحُدود والقِصاصِ، وأمضاه قاضٍ آخرُ يَرى جَوازَه: نَفَذ بالإجماع؛ لأن نفسَ القَضاءِ مُجتهَدٌ فيه، فإن شُرَيحًا كان يُجوِّز شَهادةَ النِّساءِ مع رجلٍ في الحُدود والقِصاصِ.

وقال الشَّيخُ أبُو الْمُعينِ النَّسَفيُّ في «شَرح الجامِعِ الكَبيرِ»: ولو قَضى القاضِي في الحُدود بشَهادة رجلٍ وامرَأتَين: نَفَذ قَضاؤُه، وليس لغَيره إبطالُه؛ لأنه قَضى في فصلٍ[2] مُجتهَدٍ فيه، وليس نفسُ القَضاءِ هنا مُختلَفًا فيه.

(ولا يَستخلِفُ قاضٍ) أي لا يجوزُ له الاستِخلافُ **(إلا أن يُفوّضَ)** الخَليفةُ **(إليه)** أي إلى القاضِي **(ذلك)** أي الاستِخلافُ، كالوَكيل لا يُوكِّل إلا بإذنٍ أو تَفويضٍ، ولو استَخلَف مع ذلك، فحَكَم الخَليفةُ، فأجازَه القاضِي: جاز إذا كان الْمُستخلَفُ أهلًا للقَضاء، وإن كان رَقيقًا، أو مَحدودًا في قذفٍ، أو كافِرًا: لم يَجُز، وكذا إذا قَضى[3] بحَضرة القاضِي جاز.

---

(١) في (ح): في بيت.
(٢) في (د): في قصاص.
(٣) في (هـ): إذا قضى القاضي.

بخِلاف الْمَأمورِ بالجُمُعة.

وإذا رُفِع إليه حُكمُ قاضٍ: أمضاه، ....

ولو فَوَّض إليه الإمامُ أن يَستخلِفَ، بأن قال له: (ولِّ من شِئتَ): له أن يُولِّيَ من شاء، فيَصيرُ نائِبًا عن الإمام في التَّولِية، حتى لا يَملِكُ عزْلَه، كالوَكيل إذا أَذِن له الْمُوكِّل بالتَّوكيل، فوَكَّل: صار وَكيلًا عن الْمُوكِّل، حتى لا يَملِكُ الوَكيلُ عزْلَه، ولا يَنعزِل بمَوته، ويَنعزِلان بمَوت الْمُوكِّل، بخِلاف الوصيِّ؛ حيث يَملِك[1] الإيصاءَ إلى غَيره، ويَملِك التَّوكيلَ والعزلَ في حَياته.

ولو فَوَّض إليه الإمامُ العزلَ، بأن قال: (استَبدِل من شِئتَ): كان له العزلُ؛ لأنه مَلَّكه بالتَّفويض.

(بخِلاف الْمَأمورِ بالجُمُعة) حيث يجوزُ[2] أن يَستخلِفَ؛ لكَونها على شَرَف الفَواتِ، ثم إذا أَحدَث قبل أن يَشرَعَ في الجُمُعة: لم يَجُز له أن يَستخلِفَ إلا من شَهِد الخُطبةَ؛ لأنها شرطٌ فيها، فلا تَنعقِدُ دونها، وإن كان شَرَع فيها جاز أن يَستخلِفَ من لم يَشهَد الخُطبةَ.

(وإذا رُفِع إليه) أي إلى القاضِي (حُكمُ قاضٍ) آخرَ (أَمضاه) أي أَمضى

---

(١) في (ج): حيث لا يملك الإيصاء. وانظر «التبيين» ٤/ ١٨٨.

(٢) في (د): حيث لا يجوز. وانظر «التبيين» ٤/ ١٨٧. وقال شيخي زاده في «مجمع الأنهر»: ١/ ١٦٦: إن الاستخلاف جائز مطلقًا في زماننا؛ لأنه وقع في تاريخ خمس وأربعين وتسعمائة إذن عام، وعليه الفتوى. انتهى، وقد تقدم في صلاة الجمعة.

إن لم يُخالِف الكِتابَ، والسُّنّةَ الْمَشهورةَ، والإجماعَ.

القاضِي الآخَرُ حُكمَ القاضِي الأوَّلِ (إن لم يُخالِف الكِتابَ) مِثلَ مَتروكِ التَّسمِيةِ عامِدًا[1] (والسُّنّةَ الْمَشهورةَ) مِثلَ جَوازِ حِلِّ الْمُطلَّقةِ الثَّلاثِ[2]، وقَيَّد بها احتِرازًا عن الغَريبِ[3] (والإجماعَ) الذي ليس فيه خِلافٌ يَستنِد إلى دَليلٍ شَرعيٍّ، مِثلَ القَضاءِ بجَوازِ نِكاحِ الجَدّةِ[4]؛ لأنه لا مَزِيّةَ لأحَدِ الاجتِهادَين على الآخَر، وقد تَرجَّح الأوّلُ باتِّصال القَضاءِ به، فلا يُنقَض بما هو دونه.

---

(١) لأنه مخالف لقوله تعالى: ﴿وَلَا تَأْكُلُوا۟ مِمَّا لَمْ يُذْكَرِ ٱسْمُ ٱللَّهِ عَلَيْهِ﴾ [الأنعام: ١٢١]، قال في «مجمع الأنهر» ٢/ ١٦٩: لكن الأحسن أن يمثل القضاء بتقديم الوارث على المديون فإن الأول نافذ عند الطرفين كما في القهستاني.
وقال العلامة ابن عابدين رَحِمَهُ ٱللَّهُ في «رد المحتار» ٥/ ٤٠٠ بعدما ذكر الاختلاف في آية التسمية، وأن دلالتها ليست قطعية: ... عدم النفاذ في متروك التسمية مبنيٌّ على أنه لم يختلف فيه السلف، وأنه لا اعتبار بوجود الخلاف بعدهم، وحينئذٍ فلا يفيد احتمال الآية أوجهًا من الإعراب، نعم! على ما يأتي من تصحيح اعتبار اختلاف من بعدهم يُقوي هذا البحث، ويؤيده ما في «الخلاصة»: من القضاء بحل متروك التسمية عمدًا جائز عندهما، لا عند أبي يوسف، وكذا ما في «الفتح» عن «المنتقى» من أن العبرة في كون المحل مجتَهَدًا فيه اشتباهُ الدليل، لا حقيقة الخلاف ... إلى آخره.
(٢) إذ هو مخالف لحديث العسيلة الذي رواه البخاري (٢٦٣٩)، ومسلم (١٤٣٣)، وقد تقدم.
(٣) وهو الحديث الذي له طريق واحد فقط، بينما المشهور ما له ثلاثة طرق فأكثر، قال العلامة البيقوني رَحِمَهُ ٱللَّهُ في «منظومته»: (وقل غريب ما روى راو فقط)، وقال عن المشهور: (مشهورٌ مروِي فوق ما ما ثلاثة).
(٤) قال في «المحيط البرهاني» ٣/ ٦٧: في «فتاوى» أبي الليث رَحِمَهُ ٱللَّهُ: زوج جدة المرأة =

....

وفي «الجامعِ الصَّغيرِ»: وما اختلَف فيه الفُقَهاءُ، فقَضى به القاضِي، ثم جاء قاضٍ آخَرُ يَرى غيرَ ذلك: أمضاه.

وقالُوا: شرطُه أن يكونَ عالِمًا باختِلاف العُلَماءِ[1]، حتى لو قَضى في فصلٍ مُجتهَدٍ فيه وهو لا يَعلَم بذلك: لا يجوزُ قَضاؤُه عند عامّتِهم، ولا يُمضِيه الثّاني، ذَكَره في «الْمُحيط»، وقال شمسُ الأئِمّةِ: هذا هو ظاهِرُ الْمَذهَب.

وفي «الغاية»: ونظيرُ خِلافِ الإجماعِ: ما إذا قَضى بجَواز بيعِ أُمِّ الولَدِ: كان للقاضِي الثّاني أن يَنقُضَه، كذا ذَكَره الخَصّافُ، لأنه مُخالِفٌ لإجماع التّابِعين، وذَكَر الشَّيخُ أبو بكرٍ الرّازيُّ أن هذا مَذهَبُ محمدٍ، فأمّا مَذهَبُ أبي حنيفة وأبي يوسف: فيجوزُ قَضاؤُه، ولا يُفسَخ، كذا ذَكَر الإمامُ النّاصِحيُّ.

قال شمسُ الأئِمّةِ السَّرَخسيُّ: وهذه الْمَسألةُ تُبتنى على أن الإجماعَ الْمُتأخِّرَ يَرفَع الخِلافَ الْمُتقدِّمَ أم لا؟ فعند محمدٍ: يَرفَع، وعند أبي حنيفة وأبي يوسف: لا يَرفَع، وفي «التَّقويم»: أن محمدَ بنَ الحَسَن

= محرم لها، إن كان قد دخل بالجدة، سواء كانت الجدة من قبل أبيها أو من قبل أمها، وزوج بنت البنت محرم للجدة، دخل الزوج بها أو لم يدخل؛ لأن البنت لا تحرم بنفس نكاح الأم، فكذا بنفس نكاح الجدة، والأم تحرم بنفس نكاح البنت، فكذا بنفس نكاح بنت البنت.

(١) في (ج): الفقهاء.

وَيَنفُذُ القَضاءُ بشَهادة الزُّورِ في: العُقود والفُسوخِ، ظاهِرًا وباطِنًا، .

رَوى عنهم جَميعًا أن القاضِيَ إذا قَضى ببَيع أُمِّ الولَدِ: لم يَجُز، وفي «النَّوازِل»: عن أبي يوسف: أنه لا يَنفُذ القَضاءُ.

(ويَنفُذُ القَضاءُ بشَهادة الزُّورِ في العُقود والفُسوخِ) كالنِّكاح، والطَّلاقِ، والبيعِ، والشِّراءِ، والإقالةِ، والرَّدِّ بالعَيب، والنَّسَبِ، وفي الهِبة والصَّدَقةِ رِوايتان (ظاهِرًا) أي من حيث الظَّاهِرُ بين النّاسِ، مِثلُ ثُبوتِ التَّمكينِ[1] والنَّفقةِ والقَسْمِ وغيرِ ذلك (وباطِنًا) أي من حيث الباطِنُ، يَعني: بينه وبين اللهِ تَعالى، مِثلُ ثُبوتِ الْمِلكِ والحِلِّ، هذا عند أبي حنيفة.

والأصلُ فيه: أن كلَّ شيءٍ قَضى به القاضِي في الظَّاهِر بالتَّحريم: فهو في الباطِن كذلك عنده، وكذا إذا قَضى بإحلالٍ.

وعندهما: لا يَنفُذ إلا ظاهِرًا؛ لأن شَهادةَ الزُّورِ حُجّةٌ ظاهِرًا لا باطِنًا، وبه قالَت الثَّلاثةُ وزفرُ، وله: قولُ عليٍّ رَضِيَ اللهُ عَنهُ لتلك الْمَرأةِ: شاهِداك زَوَّجاكِ[2]، ولأن القَضاءَ لقَطع الْمُنازَعةِ بينهما من كلِّ وجهٍ، فلو لم

(١) أي تمكين المرأة نفسها من الرجل كما سيأتي.

(٢) ذكره الإمام محمد في «الأصل» ٩/ ٤٤٠ بلاغًا، وذكر الجصاص في «أحكام القرآن» ١/ ٣١٤ قال: ذكر أبو يوسف، عن عمرو بن المقدام، عن أبيه: أن رجلًا من الحي خطب امرأة وهو دونها في الحسب، فأبت أن تَزَوَّجَهُ، فادعى أنه تزوجها، وأقام شاهدين عند علي، فقالت: إني لم أتزوجه، قال: قد زوجك الشاهدان، فأمضى عليهما النكاح.

....

يَنفُذ باطِنًا كان تَمهيدًا للمُنازَعة بينهما، وقد عَهِدنا بنُفوذ مِثلِ ذلك في الشَّرع؛ ألا تَرى أن التَّفريقَ باللِّعان يَنفُذ باطِنًا، وأحَدُهما كاذِبٌ بيَقينٍ.

وصُوَرُ الْمَسائلِ في العُقود كَثيرةٌ:

منها: إذا ادَّعى على امرَأةٍ نِكاحًا وهي تَجحَد، وأقامَ عليها شاهِدَي زُورٍ، وقَضى القاضِي بالنِّكاح بينهما: حلَّ للزَّوج وطؤُها، وحلَّ للمَرأة التَّمكينُ منه عنده، وعندهما: لا يَحِلُّ له ذلك، وكذا إذا ادَّعَت نِكاحًا على رجلٍ وهو يَجحَد.

ومنها: إذا قُضِي بالبَيع بشَهادة الزُّورِ، وهو على وَجهَين، أحَدُهما: أن تكونَ الدَّعوى من جانِب الْمُشتري، بأن ادَّعى على غَيره أنك بِعتَ منِّي هذه الجارِيةَ، والآخَرُ: أن يكونَ من جانِب البائعِ، بأن قال: إنك اشتَريتَ هذه الجارِيةَ منِّي، فإنه يَحِلُّ للمُشتَري وطؤُها في الوَجهَين.

وكذلك في الفُسوخ كَثيرةٌ:

منها: إذا ادَّعى أحدُ الْمُتعاقِدَين فسخَ العقدِ، وأقامَ بَيِّنةَ زُورٍ، وفَسَخ القاضِي: يَحِلُّ للبائع وطءُ الجارِيةِ.

ومنها: إذا ادَّعَت على زَوجها أنه طَلَّقها ثَلاثًا، وأقامَت بَيِّنةَ زُورٍ، وقَضى القاضِي بالفُرقة، وتَزوَّجت بزوجٍ آخرَ بعد انقِضاءِ العِدَّةِ: حلَّ للزَّوج الوطءُ ظاهِرًا وباطِنًا.

لا في: الأملاك الْمُرسَلةِ.

ولا يَقْضِي على غائِبٍ، ....

(لا) يَنفُذُ باطِنًا بشَهادة الزُّورِ بالإجماع (في الأملاك الْمُرسَلةِ) أي الْمُطلَقةِ، وهي التي لم يُذكَر سببُها مُعيَّنًا؛ لأن في أسباب الْمِلكِ تَزاحُمًا، وليس تَعيينُ البعضِ أولى من البَعض، وإثباتُ الْمِلكِ مُطلَقًا بغَير سبَبٍ ليس في وُسع البشَرِ، فتَعيَّن الإلغاءُ، بخِلاف ما إذا ادَّعى سبَبًا مُعيَّنًا، كالبَيع، والشِّراءِ، والإجارةِ، والنِّكاحِ، ونحوِها.

(ولا يَقْضِي) القاضِي (على غائِبٍ) وقالَت الثَّلاثةُ: يجوزُ الحُكمُ عليه؛ لأنه عَلَيْهِ الصَّلَاةُ وَالسَّلَامُ قَضى لهِندٍ امرَأةِ أبِي سُفيانَ بالنَّفَقة وأبُو سُفيانَ غائِبٌ، فقال لها: «خُذي من مال أبِي سُفيانَ ما يَكفيكِ وولَدَكِ»[1].

ولنا: قولُه عَلَيْهِ الصَّلَاةُ وَالسَّلَامُ لعليٍّ رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ: «لا تَقضِ لأحَد الخَصمَين حتى تَسمَعَ كَلامَ الآخَرِ؛ فإنك إذا سَمِعتَ كَلامَ الآخَرِ عَلِمتَ كيف تَقضي»، رَواه أحمدُ وأبُو داوُدَ والتِّرمذيُّ بمَعناه[2]، ولأن القَضاءَ لقَطع الْمُنازَعةِ، ولا منازعة هنا؛ لعَدَم الإنكارِ، فلا يَصِحُّ.

ولا حُجّةَ لهم في حَديث هِندٍ؛ لأنه لم يكن قَضاءً، وإنما كان فَتوى أو إعانةً لها على أخذ مالِه؛ ألا تَرى أنها لم تَدَّعِ الزَّوجيّةَ، ولم تُقِم

---

(١) روى البخاري (٥٣٦٤) عن عائشة أن هند بنت عتبة قالت: يا رسول الله! إن أبا سفيان رجل شحيح، وليس يعطيني ما يكفيني وولدي، إلا ما أخذت منه وهو لا يعلم، فقال: «خذي ما يكفيك وولدك بالمعروف».

(٢) الإمام أحمد (٦٩٠)، وأبو داود (٣٥٨٢)، والترمذي (١٣٣١). بألفاظ متقاربة.

إلا أن يَحضُرَ مَن يقومُ مَقامَه كالوَكيل والوصيِّ، أو يكونَ ما يُدَّعى على الغائِب سبَبًا لما يُدَّعى على الحاضِر، ....

البَيِّنةَ، ويَحتمِل أن أبا سُفيانَ كان حاضِرًا في غَير ذلك الْمَجلِسِ.

(**إلا أن يَحضُرَ مَن يقومُ مَقامَه**) أي مَقامَ الغائبِ (**كالوَكيل**) بإنابته (**والوصيِّ**) بإنابة الشَّرعِ، يَعني: من جِهة القاضِي، فحينَئذٍ يجوزُ الحُكمُ على الغائِب؛ لأنهما يَقومان مَقامَه، فكأنه حاضِرٌ والحُكمُ عليه.

وتَقييدُ الوصيِّ بإنابة الشَّرعِ احتِرازٌ عن الْمُسخَّر من جِهة القاضِي؛ فإن فيه اختِلافَ الرِّوايتَين، كذا نَقَله صاحِبُ «الفُصولِ» عن «الْمُحيط» و«الذَّخيرةِ».

وتَفسيرُ الْمُسخَّرِ: أن يَنصِبَ القاضِي وَكيلًا عن الغائِب ليَسمَعَ الخُصومةَ عليه، وكذلك لو أُحضِر[1] رجلٌ غيرَه عند القاضِي ليَسمَعَ الخُصومةَ عليه، والقاضِي يَعلَمُ أنه مُسخَّرٌ ليس بخَصمٍ، فالقاضِي لا يَسمَعُ الخُصومةَ عليه.

وإنما يجوزُ نصبُ الوَكيلِ عن خصمٍ اختَفى في بَيته، ولا يَحضُرُ مَجلِسَ الحُكمِ بعدما بَعَث أُمَناءَه إلى دارِه، ونُودِي على باب دارِه.

(**أو يكونَ ما يُدَّعى على الغائِب سبَبًا لما يُدَّعى على الحاضِر**) فحينَئذٍ يجوزُ الحُكمُ على الغائِب أيضًا، وهو نَوعان:

---

(١) في (ج) و(هـ): حضر. والمعنى لو أحضر المدعي رجلًا غير الخصم، كما في «البناية» ٩/ ٥٤.

من ادَّعى عَينًا في يَد غيرِه أنه اشتَراها من فُلانٍ الغائبِ.

أحَدُهما: أن يكونَ ما يَدَّعيه على الحاضِر والغائبِ شيئًا واحِدًا (كمن ادَّعى عَينًا) مثلًا دارًا (في يَد غيرِه) وأنكَر الغيرُ، وادَّعى أنها مِلكُه، وأقامَ الْمُدَّعي البيِّنةَ (أنه اشتَراها من فُلانٍ الغائبِ) تُقبَل بيِّنته، ويَثبُت الحُكمُ على الغائِب والحاضِرِ، حتى إذا حَضَر الغائِبُ لَزِمه، ولا يُحتاجُ إلى إعادة البيِّنةِ.

وكذا إذا ادَّعى في دارٍ في يَد غيرِه شُفعةً بأن ذا اليدِ اشتَراها من فُلانٍ الغائب، وقال ذُو اليدِ: الدّارُ دارِي لم أشتَرِها من أحدٍ، فأقامَ الْمُدَّعي بيِّنةً أنه اشتَراها من فُلانٍ الغائبِ: تُقبَل بيِّنتُه، ويَثبُت الحقُّ[1] على الحاضِر والغائب.

وكذا إذا ادَّعى على شخصٍ دَينًا على أنه كَفيلٌ عن الغائِب بأمره، فأقَرَّ الحاضِرُ بالكَفالة، وأنكَر الدَّينَ، فأقامَ الْمُدَّعي البيِّنةَ أن له على الغائِب ألفَ دِرهَمٍ: تُقبَل بيِّنتُه، ويَثبُت الحُكمُ على الغائِب والحاضِرِ.

والنَّوعُ الثّاني: أن يكونَ ما يَدَّعيه عليهما شَيئَين، مِثلُ أن يَدَّعيَ القاذِفُ أنه عبدُ فُلانٍ، فيَجِبَ عليه أربَعون، فأقامَ الْمَقذوفُ البيِّنةَ أن مَولاه الغائِبَ قد أعتَقه، فيَجِبَ عليه ثَمانون سَوطًا، أو قال الْمَشهودُ عليه: الشّاهِدان عَبدان، فأقامَ الْمُدَّعي البيِّنةَ أن مَولاهما أعتَقهما،

(١) في سوى (أ) و(د): ويثبت الحكم. وانظر «التبيين» ٤/ ١٩٢.

ويُقرِضُ القاضِي مالَ اليَتيمِ، ويَكتُبُ الصَّكَّ، لا الوصيُّ والأبُ.

وهو[1] يَملِكهما: فإن بَيِّنته تُقبَل، ويَثبُتُ العَتقُ على الغائِب؛ لأن الحَقَّين كشيءٍ واحِدٍ؛ إذ لا يَنفكُّ أحَدُهما عن الآخَر؛ لأن وِلايةَ الشَّهادةِ لا تَنفكُّ عن الحُرّ، وحدُّ الحُرِّ لا يَنفكُّ عن الأحرار.

ثم إذا كان ما يَدَّعيه على الغائِب شرطًا لما يَدَّعيه على الحاضِر يُنظَر.. فإن كان الغائِبُ يَتضرَّر بالشَّرط: لم تُقبَل بَيِّنتُه على الحاضِر والغائِبِ، مِثلُ أن تقولَ المَرأةُ لزَوجها: إنك عَلَّقتَ طَلاقي بطَلاق فُلانٍ الغائبِ زَوجتَه ثَلاثًا، وأقامَت بَيِّنةً أن فُلانًا طَلَّق زَوجتَه ثَلاثًا: لم تُقبَل بَيِّنتُها؛ لأنه يَتَضرَّر بذلك، وإن كان لا يَتضرَّر: تُقبَل، بأن قالَت: عَلَّقتَ طَلاقي بدُخول فُلانٍ الغائبِ الدّارَ، فأقامَت بَيِّنةً أنه دَخَل الدّارَ: تُقبَل؛ لأنه لا ضرَرَ عليه.

(ويُقرِضُ القاضِي مالَ اليَتيمِ) لأنه يَقدِرُ على استِخلاصه (ويَكتُبُ الصَّكَّ) بالقَرض ليَحفَظَه؛ لأنه لكَثرة اشتِغالِه يُخافُ أن يَنساه (لا) يُقرِض (الوصيُّ والأبُ) مالَ اليَتيمِ؛ لأنه ما لا يَقدِران على استِخلاصه، فيَضمَنان بالإقراض، قال شمسُ الأئِمّةِ: في الأب رِوايتان، أظهَرُهما: أنه ليس له أن يُقرِضَ.

وهل يُقرِضُ لنَفسه؟ فقِيل: له ذلك، وعن الحَسَن عن أبي حنيفة: ليس له ذلك.

---

(١) في (ج) و(د): أو هو.

﴿ باب التَّحكيمِ ﴾

حَكَّما رجلًا لِيَحكُمَ بينهما، فحَكَم بِبَيِّنةٍ أو إقرارٍ أو نُكولٍ، في غَير حدٍّ وقوَدٍ ودِيةٍ على العاقِلة: صحَّ، لو صَلَح المُحكَّم قاضِيًا.

هذا (باب) في بَيان أحكامِ (التَّحكيمِ)

وهو مَصدَرٌ مِن (حَكَّم) بالتَّشديد: إذا جَعَله حَكَمًا بفتحتَين.

(حَكَّما) أي حَكَّم الاثنان (رجلًا) يَعني: جَعَلاه حَكَمًا (لِيَحكُمَ بينهما، فحَكَم) أي المُحكَّمُ بينهما (بِبَيِّنةٍ أو إقرارٍ) من المُدَّعَى عليه (أو نُكولٍ) عن اليَمين (في غَير حدٍّ وقوَدٍ) أي قِصاصٍ (ودِيةٍ على العاقِلة: صحَّ) حُكمُه (لو صَلَح المُحكَّم) بتَشديد الكافِ وفتحِها، أن يكونَ (قاضِيًا) لأنه بمَنزِلة القاضِي فيما بينهما، فيُشترَطُ فيه ما يُشترَطُ في القاضِي..

حتى لو حَكَّما كافِرًا، أو عبدًا، أو مَحدودًا في قذفٍ، أو صَبِيًّا: لا يجوزُ، وإن حَكَّما فاسِقًا أو امرَأةً: جاز، كما في القَضاء، وكذا الكافِرُ في حقِّ الكافِرِ؛ لأنه أهلٌ للشَّهادة في حقِّه، وكذا يجوزُ تَقليدُه القَضاءَ لِيَحكُمَ بين أهلِ الذِّمَّةِ.

وإنما قال: (في غَير حدٍّ وقوَدٍ ودِيةٍ على العاقِلة): لأن تَحكيمَهما بمَنزِلة الصُّلحِ بينهما، وليس لهما وِلايةٌ على دَمهما، ولهذا لا يَملِكان إباحتَه، وكذا لا وِلايةَ لهما على العاقِلة، فلا يَنفُذ حُكمُ من حَكَّماه على عاقِلته ولا على القاتِل؛ لعَدَم التِزامِ العاقِلةِ حُكمَه.

ولكلّ من الْمُحكِّمَين أن يَرجِعَ قبل حُكمِه، فإن حَكَم: لَزِمهما.
وأَمضى القاضِي حُكمَه إن وافَق مَذهَبَه، وإلا أَبطَله.

وأجاز في «الْمُحيط» التَّحكيمَ في القِصاص؛ لأنه من حُقوق العِبادِ[1]، وقال أبُو بكرٍ الرّازيُّ في القِصاص: يَنبَغي أن يجوزَ؛ لأن وليَّ الْمَقتولِ لو استَوفى القِصاصَ من غَير أن يَرفَعَ إلى السُّلطان: جاز، كذلك إذا حَكَّم فيه، لأنه من حُقوق بَني آدَمَ.

وقال شمسُ الأئِمّةِ في «شَرح أدَبِ القاضِي»: مِن أصحابِنا مَن قال بجَواز التَّحكيمِ في القِصاص وحدِّ القذفِ؛ لأن الاستيفاءَ إليهما.

(ولكلّ) واحِدٍ (من الْمُحكِّمَين) بتَشديد الكافِ وكسرِها (أن يَرجِعَ قبل حُكمِه) أي قبل حُكمِ الْمُحكَّمِ؛ لأنه مُقلَّدٌ من جِهَتهما، فكان لهما عزلُه قبل أن يَحكُمَ بينهما (فإن حَكَم) الْمُحكَّمُ بينهما (لَزِمهما) أي الْمُحكِّمَين؛ لأنَ حُكمَه صَدَر عن وِلايةٍ شَرعيّةٍ، كالقاضِي إذا حَكَم لَزِم، ثم بالعَزْل لا يَبطُل حُكمُه، فكذا هذا.

(و) إذا رُفِع حُكمُه إلى القاضِي (أَمضى القاضِي حُكمَه) يَعني: نَفَّذه (إن وافَق مَذهَبَه) لأنه لا فائِدةَ في نَقضه، ثم فائِدةُ هذا الإمضاءِ: أن لا يكونَ لقاضٍ آخرَ يَرى خِلافَه نقضُه إذا رُفِع إليه (وإلا) أي وإن لم يُوافِق مَذهَبَه (أَبطَله) لأن حُكمَه لا يَلزَمُه؛ لعَدَم التَّحكيمِ من جِهَته.

(١) والأول ذكره الخصاف. «التبيين»، وهو الصحيح. «غاية». شلبي ٤/ ١٩٣.

وبَطَل حُكمُه لأبَوَيه، وولَدِه، وزَوجتِه، كحُكم القاضِي، بخِلاف حُكمِه عليهم.

بخِلاف ما إذا رُفِع إليه حُكمُ حاكِمٍ؛ حيث لا يُبطِلُه وإن خالَف مَذهَبَه، إلا أن يُخالِفَ الكِتابَ أو السُّنَّةَ أو الإجماعَ، على ما مرّ، وقال ابنُ أبِي لَيلى: هو بمَنزِلة المُولّى من جِهة الإمامِ، حتى لا يكونُ لأحَدٍ أن يَنقُضَ حُكمَه ما لم يُخالِف الدَّليلَ الشَّرعيَّ.

ولو أخبَر هذا المُحكَّمُ بإقرار أحدِ الخَصمَين، أو بعَدالة الشُّهودِ وهما على حالِهما: يُقبَل قولُه؛ لأن الوِلايةَ قائِمةٌ، وإن أَخبَر بالحُكم لا يُقبَل؛ لانقِضاء الوِلايةِ.

(وبَطَل حُكمُه) أي حُكمُ المُحكَّم (لأبَوَيه وولَدِه وزَوجتِه) للتُّهَمة (كحُكم القاضِي) لهؤلاء (بخِلاف حُكمِه) أي حُكمِ المُحكَّمِ (عليهم) أي على أبَوَيه وولَدِه وزَوجتِه؛ لعَدَم التُّهَمةِ، كحُكم[1] القاضِي على هؤلاء.

(١) في (ب) و(ج): بحكم.

﴿ مَسائِلُ شَتّى ﴾

لا يَتِدُ ذُو سُفْلٍ فيه، ولا يَنقُبُ كُوَّةً: بلا رِضا ذي العُلْوِ.

هذه (مَسائِلُ شَتّى) أي مُتفرِّقةٌ

وهي جمعُ شَتيتٍ، وهو الْمُتفرِّقُ، وهو هنا مَرفوعٌ على الوَصفيّة للمَسائِل، فإذا قُلتَ: (جاءَني القومُ شَتّى): يكونُ نصبًا على الحال، أي مُتفرِّقين.

(لا يَتِدُ) أي لا يَدُقُّ وَتِدًا، من: وَتَد، يَتِد، من باب: ضَرَب، يَضرِب، وأصلُ يَتِدُ: يَوْتِد، حُذِفت الواوُ لوُقوعها بين الياءِ والكَسرةِ، كما في (يَعِد)، أصلُه: يَوْعِد (ذُو سُفْلٍ) أي صاحِبُ سُفْلٍ (فيه) أي في السُّفْل، صورتُه: أن يكونَ بيتٌ وفوقه طبَقةٌ، كلٌّ واحِدٍ لرجلٍ، فليس لصاحِب السُّفْلِ -وهو البيتُ التَّحْتانيُّ- أن يَدُقَّ فيه وَتِدًا.

(ولا يَنقُبُ كُوّةً) بضمِّ الكافِ وتَشديدِ الواوِ، وهي: الطّاقةُ، وفي «الدِّيوان»: بفَتح الكافِ، وهي الرَّوزَنُ[1] (بلا رِضا ذي العُلْوِ) أي صاحِبِ العُلْوِ -وهو الطَّبَقةُ- عند أبي حنيفة، وقالا: يَصنَعُ فيه ما لا يَضُرُّ بالعُلْو.

وعلى هذا الخِلافِ: إذا أرادَ صاحِبُ العُلْوِ أن يَبنيَ على العُلْو شيئًا أو بَيْتًا، أو يَضَعَ عليه جُذوعًا، أو يُحدِثَ كَنيفًا.

---

(١) وهي فارسية معربة. «طلبة الطلبة» ص١٣٦.

....

قِيل: ما حُكِي عنهما تَفسيرٌ لقَول أبي حنيفة، على مَعنى أنه لا يُمنَع إلا ما فيه ضَرَرٌ، مِثلَ ما قالا، وقِيل: فيه خِلافٌ حَقيقةً، وهو أن الأصلَ عندهما الإباحةُ؛ لأنه تَصرَّف في مِلكه، والحُرمةَ عارِضةٌ، وهو بالضَّرَر لغَيره، وعنده: الأصلُ هو الحظرُ؛ لأنه تَصرَّف في محَلٍّ تَعلَّق به حقُّ الغيرِ، كالرَّهن والعَينِ الْمُستأجَرةِ[1].

ولو انهَدَم السُّفْلُ من غَير صُنعِ صاحِبِه لا يُجبَرُ على البِناء؛ لعَدَم التَّعدِّي، ولكن لصاحِب العُلْوِ أن يَبنيَ السُّفْلَ إن شاء، ويَبنيَ عليه عُلْوَه، ثم يَرجِعَ بقِيمة البِناءِ عليه[2]، ويَمنَعَه من السُّكنى فيه حتى يَدفَعَ إليه قِيمتَه يومَ البِناءِ؛ لأنه مُضطَرٌّ في ذلك.

بخِلاف الدّارِ الْمُشترَكةِ إذا انهَدَمت، فبَناها أحَدُهما بغَير إذنِ صاحِبِه؛ حيث لا يَرجِع؛ لأنه مُتبرِّعٌ؛ إذ هو ليس بمُضطَرٍّ؛ لأنه يُمكِنه أن يَقسِمَ عَرْصتَها ويَبنيَ في نَصيبه، وصاحِبُ العُلْوِ ليس كذلك، حتى لو كانَت الدّارُ صَغيرةً بحيث لا يُمكِن الانتِفاعُ بنَصيبه بعد القِسمةِ: كان له أن يَرجِعَ.

---

(١) والإطلاق لعارض وهو عدم الضرر بيقين، فما أشكل يبقى على أصل الحظر، وهذه الأشياء من المشكل، فظهر فيها ثمرة الخلاف، ولا خلاف فيما لا إشكال فيه. «التبيين» ٤/ ١٩٥.

(٢) وفي «الخلاصة» في الفصل الثاني في الحائط وعمارته قال: وذكر الخصاف أنه يرجع بما أنفق، وهذا عندي في غاية الحسن إذا كان بقضاء، ويجب أن لا يضمن لو علا بناء السفل على ما كان عليه ذلك القدر. اهـ «فتح» شلبي ٤/ ١٩٥.

زائِغةٌ مُستَطيلةٌ، تَتشعَّب عنها مِثلُها غيرُ نافِذةٍ: لا يَفتَح أهلُ الأُولى فيهِ بابًا، ....

وعلى هذا: لو انهَدَم بعضُ الدّارِ أو بعضُ الحَمّامِ، فأصلَحه أحدُ الشَّريكَين: له أن يَرجِعَ؛ لأنه مُضطَرٌّ؛ إذ لا يُمكِن قِسمةُ بعضِه، ولو انهَدَم كلُّه فعلى التَّفصيل الذي ذكَرْناه.

ولو هَدَم صاحِبُ السُّفْلِ سُفْلَه بنَفسه يُجبَر على إعادتِه؛ لتَعدِّيه بمحَلٍّ تَعلَّق به حقُّ الغيرِ[1]، كالرّاهِن يُعتِق العبدَ الْمَرهونَ.

(زائِغةٌ) أي سِكّةٌ، مِن زاغَت الشَّمسُ: إذا مالَت، وتُسمّى المحَلّةُ والسِّكّةُ (زائِغةً): لِمَيلها من طرَفٍ إلى طرَفٍ، وفي «تَهذيب دِيوانِ الأدَبِ»: الزّائغةُ: الطَّريقُ الذي حاد عن الطَّريق الأعظَمِ، وقولُه: (مُستَطيلةٌ) صِفتُها، أي طَويلةٌ، من استَطال، بمَعنى: طال.

(تَتشعَّب[2]) أي تَتفرَّع (عنها) أي عن الزّائِغة الْمُستطيلةِ (مِثلُها) يَعني: مِثلُ الزّائغةِ زائِغةٌ أُخرى طَويلةٌ، ولكنه (غيرُ نافِذةٍ) إلى مَوضِعٍ آخرَ، ولا له طَريقٌ غيرُ طَريقِ الزّائغةِ الْمُستطيلةِ..

(لا يَفتَح أهلُ) الزّائغةِ (الأُولى فيه) أي في الزّائِغة الْمُتشعِّبةِ، وتَذكيرُ الضَّميرِ باعتِبار الْمِثل (بابًا) إلى السِّكّة الأُخرى؛ لأن البابَ يُقصَد للمُرور، ولا حقَّ لهم في الدُّخول فيها؛ لكَونها غيرَ نافِذةٍ، وإنما ذلك لأهلها على الخُصوص؛ ألا تَرى أنه لو بِيعَت دارٌ منها كان حقُّ الشُّفعةِ

---

(١) أي وهو قرار العلو. اهـ «فتح» شلبي ٤/ ١٩٥.

(٢) في (أ) و(ج): تنشعب.

بخِلاف الْمُستَديرةِ.

لهم، لا لأَهل الأُولى، بخِلاف ما إذا كانَت الزّائغةُ الْمُتشعِّبةُ نافِذةً؛ لأن الاستِطراقَ حقُّ العامّةِ، وهم من جُملتهم.

وقِيل: لا يُمنَعون من فَتح البابِ؛ لأن له أن يَرفَعَ جِدارَه كلَّه بالهَدْم، فأَولى أن يكونَ له نَقضُ البعضِ، والصَّحيحُ هو الأوَّلُ.

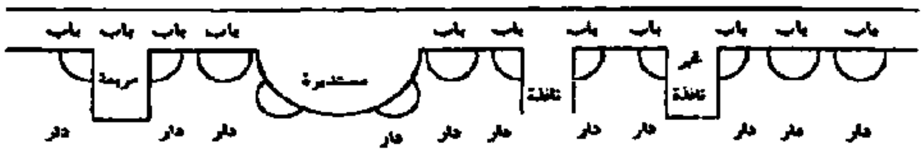
ولكن هذا فيما إذا أرادَ بفَتح البابِ الْمُرورَ، فإنه يُمنَع استِحسانًا، وإذا أرادَ به الاستِضاءةَ أو الرِّيحَ دون الْمُرورِ: لم يُمنَع من ذلك، كذا نَقَل فخرُ الإسلامِ عن الفَقيه أبي جَعفَرٍ رَحِمَهُ ٱللَّهُ[1].

(بخِلاف) الزّائغةِ (الْمُستَديرةِ) يَعني: إذا كانَت الزّائغةُ الثّانيةُ الْمُتشَعِّبةُ مُستَديرةً يجوزُ لأَهل الزّائغةِ الْمُستَطيلةِ فتحُ البابِ؛ لأنها لما كانَت مُستَديرةً -وهي التي فيها اعوِجاجٌ- حتى بَلَغ اعوِجاجُها رأسَ السِّكّةِ: صارَت كِلتاهما سِكّةً واحِدةً، وهي بينهم على الشَّرْكة، حتى إذا بِيعَ دارٌ فيها يَجِب حقُّ الشُّفعةِ[2].

---

(١) قال في «رد المحتار» ٥/ ٤٤٥ بعد ذكر هذا القول عن المصنف هنا: قلت: هذا إذا كان الباب عاليًا لا يصلح للمرور، كما يدل عليه التعليل المار، وإلا كان قول بعض المشايخ بعينه، وهو خلاف الأصح، فعلم أن المراد غيره، وهو مسألة الطاقة الآتية، فافهم.

(٢) ورسم العلامة ابن عابدين رَحِمَهُ ٱللَّهُ في «حاشيته» (١٦/ ٦٠١ ط دمشق) صورة لهذه الأمثلة، لتقريبها، فانظر المصور، وقارن الأحكام هنا وفي «الحاشية»:



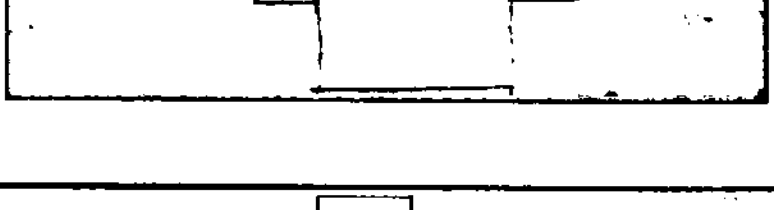
....

وهذا إذا كانَت الْمُستَديرةُ غيرَ نافِذةٍ أيضًا، وإن كانَت نافِذةً فلجَميع الْمُسلِمين فيها حقُّ الْمُرورِ.

وهذه من مَسائِل «الجامِعِ الصَّغيرِ»، وقال الفَقيهُ أبُو اللَّيثِ: بيانها إذا كانَت سِكّةٌ غيرُ نافِذةٍ، وفيها سِكّةٌ أُخرى عن يَمينها أو عن شِمالها، ولرجلٍ في السّكّة دارٌ بابُها إلى السّكّة العُظمى، وبعضُ حَوائطِها إلى السّكّة الأُخرى التي في هذه السّكّة، فأرادَ أن يَفتَحَ بابًا في تلك السّكّةِ: ليس له ذلك؛ لأن تلك السّكّةَ خاصّةٌ لأهلها؛ ألا تَرى أنه لو بِيعَت دارٌ في تلك السّكّةِ فالشُّفعةُ لهم خاصّةً، دون أهلِ السّكّةِ العَظيمةِ، فإن أرادَ إنسانٌ من أهل تلك السّكّةِ أن يَفتَحَ بابًا إلى السّكّة العُظمى: له ذلك؛ لأن السّكّةَ لهم جَميعًا.

وإن كانَت زائِغةٌ مُستَديرةٌ -يَعني: سِكّةٌ فيها اعوِجاجٌ، حتى يَبلُغَ عِوَجُها رأسَ السّكّة-: فلكلٍّ واحِدٍ منهم أن يَفتَحَ بابَه في تلك السّكّةِ في أيِّ مَوضِعٍ شاء؛ لأنها سِكّةٌ واحِدةٌ من أوَّلها إلى آخِرها، وهي بينهم بالشّرْكة؛ ألا تَرى أن وُجوبَ الشُّفعةِ لهم جَميعًا.

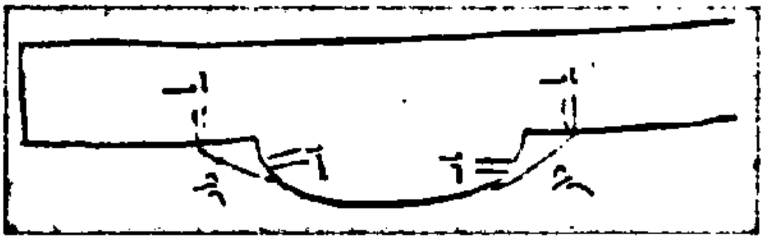
صورةُ الأُولى:



....

ذَكَر في «الغاية»: أن الزّائغةَ الْمُتشعِّبةَ غيرُ نافِذةٍ، وكذا الزّائغةُ الأُولى أيضًا غيرُ نافِذةٍ، كذا ذَكَر التُّمُرتاشيُّ والفَقيهُ أبُو اللَّيثِ كما ذكَرْنا، حيث قالا: سِكّةٌ طَويلةٌ غيرُ نافِذةٍ، وسِكّةٌ أُخرى عن يَمينها أو شِمالِها غيرُ نافِذةٍ، ولكن في أكثَر الكُتُب لم تُقيَّد الأُولى بكَونها غيرَ نافِذةٍ، فلذلك صورتُّها غيرَ نافِذةٍ.

صورةُ الثّانية:



واعلَم أن للإنسان أن يَتصرَّفَ في مِلكه ما شاء، ما لم يَضُرَّ بغَيره ضررًا ظاهِرًا، فيجوزُ له أن يَتَّخِذَ في داره حَمّامًا، وعن أبي يوسف: إن تَأذّى الجِيرانُ من دُخانه فلهم منعُه، إلا أن يكونَ دُخانُه مِثلَ دُخانِهم، وأن يَتَّخِذَ حَظيرةَ غنَمٍ، وإن تَأذّى الجِيرانُ من نَتْن السِّرْقينِ[1]، وأن يَحفِرَ بِئرًا، وإن كان حائِطُ جارِه ينِزُّ منها، وقِيل: إن كان يَعلَمُ يَقينًا أنه منه فله منعُه.

---

(١) السرجين: الزبل، كلمة أعجمية، وأصلها سركين بالكاف، فعربت إلى الجيم والقاف، فيقال: سرقين أيضًا، وعن الأصمعي: لا أدري كيف أقوله، وإنما أقول: رَوث، وإنما كُسر أوله لموافقة الأبنية العربية، ولا يجوز الفتح لفقد فَعْلين بالفتح، على أنه قال في «المحكم»: سِرجين وسَرجين. «المصباح» ١/ ٢٧٢.

ادَّعى دارًا في يَد رجلٍ أنه وَهَبها له في وقتٍ، فسُئِل البَيِّنَةَ، فقال: جَحَدَنيها فاشتَريتُها، وبَرْهَن على الشِّراء قبل الوقتِ الذي يَدَّعي فيه الهِبةَ: لا تُقبَل، وبعده تُقبَل.

ولا يجوزُ أن يَبنيَ تَنُّورًا للخُبز الدّائمِ، كما في السُّوق، أو رَحًى للطَّحْن، أو مَدَقّاتٍ للقَصّارين؛ استِحسانًا.

ولو سَقَط حائِطٌ بين دارَين، ولأحَدهما عَوْراتٌ، فطَلَب من جارِه أن يُساعِدَه في البِناء، قال أصحابُنا: لا يُجبَر، وقال الفَقيهُ أبُو اللَّيثِ: يُجبَر في زَماننا، وقال قاضِي خانَ: إن كان الحائِطُ يَحتمِل القِسمةَ، ويَبني كلُّ واحِدٍ في نَصيبه السُّترةَ: لا يُجبَر، وإلا أُجبِر، وقِيل: إن كان يَقَع بصَرُه في دار جارِه فله منعُه عن الصُّعود حتى يَتَّخِذَ سُترةً، وإن كان يَقَع في سَطحه فلا يَمنَعه.

(ادَّعى) رجلٌ (دارًا في يَد رجلٍ أنه) أي الرَّجُلَ الْمُدَّعى عليه (وَهَبها) أي الدّارَ (له) أي للمُدَّعي (في وقتٍ، فسُئِل) الْمُدَّعي (البَيِّنَةَ، فقال) الْمُدَّعي: (جَحَدَنيها) أي جَحَدني الْمُدَّعى عليه الهِبةَ (فاشتَريتُها) أي الدّارَ منه (وبَرْهَن) أي أقامَ بَيِّنةً (على الشِّراء) منه (قبل الوقتِ الذي يَدَّعي فيه الهِبةَ: لا تُقبَل) بَيِّنتُه؛ للتَّناقُض، لأنه يَدَّعي الشِّراءَ بعد الهِبةِ، وشُهودُه يَشهَدون له به قبلها، وهذا تَناقُضٌ ظاهِرٌ.

(و) لو بَرْهَن على الشِّراء (بعده) أي بعد الوقتِ الذي يَدَّعي فيه الهِبةَ (تُقبَل) بَيِّنتُه؛ لأنه يُمكِن التَّوفيقُ؛ لأن الشِّراءَ وُجِد بعد الوقتِ الذي يَدَّعي فيه الهِبةَ، فلا يكونُ مُناقِضًا.

ومَن قال لآخرَ: اشتَريتَ منِّي هذه الأمةَ، فأَنكَر: للبائِع أن يَطَأَها إن تَرَكَ الخُصومةَ.

ولو لم يَقُل: جَحَدني الهِبةَ، والْمَسألتان بحالِهما: لا تُقبَل في الأُولى، وتُقبَل في الثَّانية؛ لما ذكَرْنا من الإمكان وعدَمِه.

ولو لم يَذكُر لهما تارِيخًا، أو ذَكَر لأحَدهما: يَنبَغي أن تُقبَلَ بَيِّنتُه؛ لأنه يُمكِن التَّوفيقُ بأن يُجعَلَ الشِّراءُ مُتأخِّرًا.

(**ومَن قال لآخرَ: اشتَريتَ منِّي هذه الأمةَ، فأَنكَر**) الآخَرُ الشِّراءَ: يجوزُ (**للبائِع أن يَطَأَها**) أي الجارِيةَ (**إن تَرَكَ الخُصومةَ**) مع الآخَرِ[1]؛ لأنه لما جَحَد الشِّراءَ كان ذلك فسخًا منه؛ لأنه رفعُ العقدِ من الأصل، والجُحودُ كذلك، فكانَت بينهما مُناسَبةٌ، فجازَت الاستِعارةُ، فكان فَسخًا من جِهَته، فإذا ساعَده البائعُ بتَرْك الخُصومةِ تمَّ الفسخُ[2]، فحلَّ له وطؤُها، وله أن يَرُدَّها على بائِعها بالعَيب إن وَجَد بها عَيبًا قَديمًا بعد ذلك؛ ....

---

(١) وقال بعضهم: لا يجوز له أن يطأها، ويقال هو قول زفر، كذا قال الفقيه أبو الليث في «شرح الجامع الصغير»، وجه قوله: أنه لما باعها فهي على ملك المشتري ما لم يبعها من البائع أو يتقايلا، ولنا: أن الإقالة قد تكون بلفظ الإقالة وبلفظ الرد، وبجحودهما بأن تجاحدا البيع، ثم إذا جحد المشتري البيع حصل الفسخ من جهته، فإذا عزم البائع على ترك الخصومة بعد ذلك واقترن عزمه بالفعل، وهو إمساك الجارية ونقلها من مجلس الخصومة إلى منزله واستخدامها ونحو ذلك: كان ذلك منه دلالة الفسخ، فتم الفسخ بينهما. اهـ إتقاني. شلبي ٤/ ١٩٧.

(٢) في (هـ): ثم انفسخ. وانظر «التبيين» ٤/ ١٩٧.

ومَن أقَرَّ بقَبض عَشَرةٍ، ثم ادَّعى أنها زُيوفٌ: صُدِّق.

لتَمام الفسخِ بالتَّراضي[1]، حتى إذا أقامَ الْمُشتَري بعد ذلك بَيِّنةً أنه اشتَراها منه: لا تُقبَل بَيِّنتُه.

(ومَن أقَرَّ بقَبض عَشَرة) دَراهِمَ من رجلٍ **(ثم ادَّعى أنها زُيوفٌ: صُدِّق)** سواءٌ قال ذلك مَوصولًا أو مَفصولًا، وكذا إذا ادَّعى أنها نَبَهْرَجةٌ، ولو ادَّعى أنها سَتُّوقةٌ لا يُصدَّق؛ لأن اسمَ الدَّراهِمِ يَقَع على هذه الأشياءِ دون السَّتُّوقةِ، ولهذا لو تُجُوِّزَ[2] بالزُّيوف والنَّبَهْرجةِ: جاز، حتى في الصَّرف والسَّلَم، دون السَّتُّوقةِ.

والقبضُ لا يَختصُّ بالجِياد[3]، فيُصدَّق في إنكارِه قَبْضَ حقِّه مع يَمينِه، بخِلاف ما إذا أقَرَّ أنه قَبَض الجِيادَ، أو حقَّه، أو الثَّمَنَ، أو استَوفى؛ حيث لا يُصدَّق في دَعواه الزُّيوفَ؛ لأنه مُناقِضٌ[4].

والزُّيوفُ: ما زَيَّفه بيتُ المالِ، والنَّبَهْرَجةُ: ما يَرُدُّه التُّجّارُ، والسَّتُّوقةُ: ما يَغلِب عليه الغِشُّ، وقِيل: الزُّيوفُ: هي الْمَغشوشةُ، والنَّبَهْرَجةُ: هي

---

(١) في (ب) و(هـ): بالتراخي.
(٢) في (هـ): تزوج.
(٣) أي فلا يكون بدعوى الزيوف متناقضًا، فتُسمع دعواه، بخلاف ما إذا ادعى أنها سَتُّوقة أو رصاص، حيث لا تُسمع دعواه؛ لأنه متناقضٌ؛ لأنه قال: اقتضيت الدراهم، ثم دعواه الستوقة أو الرصاص إنكارٌ منه لقبض الدراهم؛ لأنها ليست من جنس الدراهم. شلبي ٤/ ١٩٧.
(٤) أي لأنه أقر بقبض حقه صريحًا أو دَلالةً. اهـ «هداية». شلبي ٤/ ١٩٧.

ومَن قال لآخرَ: لك عليَّ ألفٌ، فرَدَّه ثم صَدَّقه: فلا شيءَ عليه.

ومَن ادَّعى على آخرَ مالًا، فقال: ما كان لك عليَّ شيءٌ قطُّ، فبَرْهَن المُدَّعي على ألفٍ، وهو يُبرهِن على القَضاء أو الإبراء: قُبِل، ....

التي تُضرَب في غَير دارِ[1] السُّلطانِ، والسَّتُّوقةُ: صُفرٌ مُموَّهٌ، وعن الكَرْخيِّ: السَّتُّوقةُ: ما كان عليه الصُّفرُ، أو النُّحاسُ هو الغالِبُ.

(ومَن قال لآخرَ: لك عليَّ ألف) دِرهَمٍ (فرَدَّه) المُقَرُّ له، بأن قال: ما كان لي عليك شيءٌ، أو قال: بل هو لك، أو لفُلانٍ (ثم صَدَّقه) بأن قال: (بل كان لي عليك) في مَكانه أو بعده (فلا شيءَ عليه) أي على المُقِرِّ؛ لأن الإقرارَ هو الأوَّلُ، وقد ارتدَّ بردِّ المُقَرِّ له، والثَّاني دَعوى، فلا بُدَّ من الحُجَّة أو تَصديقِ الخصمِ.

(ومَن ادَّعى على آخرَ مالًا، فقال) الآخَرُ، وهو المُدَّعى عليه (ما كان لك عليَّ شيءٌ قطُّ، فبَرْهَن المُدَّعي) أي أقامَ بَيِّنةً (على ألفٍ) أي على أن له عليه ألفَ دِرهَمٍ (وهو) أي والحالُ أن المُدَّعَى عليه (يُبرهِن) أي يقيمُ بَيِّنةً (على القَضاء) أي على أنه قَضاه (أو) على (الإبراء) أي أو على أنه أبرَأه (قُبِل) بُرهانُ المُدَّعى عليه، أي بَيِّنتُه.

وقال زفرُ: لا تُقبَل؛ لأن القَضاءَ والإبراءَ يكونُ بعد الوُجوبِ[2]، وقد أنكَره، فيكونُ مُتناقِضًا، ولنا: أن التَّوفيقَ مُمكِنٌ؛ لأن غيرَ الحقِّ

(١) في (أ) و(د): في دار. وانظر «التبيين» ٤/ ١٩٨.

(٢) في (ح): لا يكون إلا بعد الوجوب.

ولو زاد: ولا أعرِفُك: لا.

قد يُقضى ويُبرَأ منه، يُقالُ: قُضِي بباطِلٍ، وقد يُصالَح على شيءٍ فيَثبُت ظاهِرًا، ثم يُقضى.

(ولو زاد) كَلِمةَ (ولا أعرِفُك) على ما ذُكِر، بأن قال: ما لك عليَّ شيءٌ قطُّ، ولا أعرِفُك (لا) تُقبَل بَيِّنةُ الْمُدَّعى عليه على القَضاء أو الإبراءِ؛ لتَعذُّر التَّوفيقِ بين قَولَيه؛ لأنه لا يكونُ بين اثنَين مُعامَلةٌ من دَفعٍ، وأخذٍ، وقَضاءٍ، واقتِضاءٍ.. بلا مَعرِفة أحَدِهما صاحِبَه.

وذَكَر القُدُوريُّ: أنه يُقبَل أيضًا؛ لأن الْمُحتجِبَ من الرِّجال والْمُخدَّرةَ قد يُؤذى بالشَّغْب[1] على بابِه، فيَأمُرُ بعضَ وُكَلائِه[2] بإرضائِه بالدَّفع إليه ولا يَعرِفُه، فأمكَن التَّوفيقُ بهذا الطَّريقِ، وفي «النِّهاية»: فعلى هذا: لو كان الْمُدَّعى عليه ممن يَتولّى الأعمالَ بنَفسه لا تُقبَل بَيِّنتُه.

وفي «الكافِي»: تُقبَل البَيِّنةُ على الإبراء في هذا الفصلِ باتِّفاق الرِّواياتِ.

وقالُوا فيمن قال: لم أدفَع، ثمّ قال: (دَفَعتُ إليه): لا يُقبَل قولُه، للتَّناقُض، إلا إذا ادَّعى إقرارَ الْمُدَّعِي بذلك، فتُقبَل بَيِّنتُه؛ لأن التَّناقُضَ لا يَمنَع صِحّةَ الإقرارِ.

---

(١) في (ب): قد تؤذى بالشغب، وفي (ج): قد يؤذي بالسعب، وفي (د): قد تؤذي بالشغب، وفي (هـ): قد يؤذي بالشعب، والمثبت من (أ). وانظر «التبيين» ٤/ ١٩٨.

(٢) في (د): ولاته.

ومَن ادَّعى على آخرَ أنه باعَه أمَتَه، فقال: لم أبِعْها منك قطُّ، فبَرْهَن على الشِّراء، فوَجَد بها عَيبًا، فبَرْهَن البائِعُ أنه بَرِئ من كلِّ عَيبٍ: لم تُقبَل. ويَبطُل الصَّكُّ بـ إن شاء اللهُ.

(ومَن ادَّعى على آخرَ أنه باعَه أمَتَه) منه (فقال) الآخَرُ (لم أبِعْها منك قطُّ، فبَرْهَن) الْمُدَّعي، أي أقامَ بَيِّنةً (على الشِّراء) منه (فوَجَد) الْمُدَّعي الْمُشتَري (بها) أي بالجارِية (عَيبًا) وأرادَ ردَّها عليه (فبَرْهَن البائِعُ أنه) أي أن الْمُشترِيَ (بَرِئ من كلِّ عَيبٍ) بها (لم تُقبَل) بَيِّنةُ البائعِ؛ لأن اشتِراطَ البَراءةِ تَغييرٌ للعَقد من اقتِضاء وصفِ السَّلامةِ إلى غَيره، فيَقتَضي وُجودَ العقدِ؛ إذ الصِّفةُ بدون الْمَوصوفِ لا تُتصوَّر، وقد أنكَره، فيَكونُ مُناقِضًا.

وعن أبي يوسف: أنها تُقبَل؛ لأن التَّوفيقَ مُمكِنٌ، بأن لم يَبِعها هو، وإنما باعَها منه وَكيلُه، وأبرَأه عن العَيب، فيكونُ صادِقًا بذلك.

(ويَبطُل الصَّكُّ بـ إن شاء اللهُ) هذا نِصفُ بَيتٍ من أبيات «الْمَنظومةِ»، وتمامُه: وأبطَلا آخِرَه لا الجُملة.

أي يَبطُل صكُّ الشِّراءِ أو الإقرارِ إذا كُتِب في آخِره: (إن شاء اللهُ)، حتى يَبطُلُ الشِّراءُ أو الإقرارُ بذلك، ولا يَلزَمُه شيءٌ؛ لأن الاستِثناءَ مُبطِلٌ.

ولو كُتِب في آخِر الصَّكِّ: فمن قام بهذا الحقِّ فهو وَكيلٌ إن شاء اللهُ، أو كُتِب: (فما أدرَك فُلانًا من دَرَكٍ فعلى فُلانٍ خَلاصُه): بَطَل الصَّكُّ كلُّه عند أبي حنيفة، حتى يَبطُلُ الإقرارُ والشِّراءُ.

وإن مات ذِمِّيٌّ، فقالَت زَوجتُه: أسلَمْتُ بعد موتِه، وقالَت الوَرَثةُ: أسلَمْتِ قبل موتِه: فالقولُ لهم.

وقالا: يَنصرِف إلى ما يَليه، وهو الأخيرُ، فيَبطُل به ضَمانُ الدَّرَك والتَّوكيلُ، ويَبقى الدَّينُ على حاله؛ إذ الأصلُ في الجُمَل الاستِقلالُ، والصَّكُّ يُكتَب للاستيثاق، فلو انصَرَف إلى الكلِّ كان مُبطِلًا له، فيكونُ ضِدَّ ما قَصَدوه، فيَنصرِف إلى ما يَليه ضَرورةً.

وله: أن الكلَّ كشَيءٍ واحِدٍ بحُكم العطفِ، فيَنصرِفُ إلى الكلِّ، كما في الكَلِمات الْمَعطوفةِ بعضُها على بعضٍ، مِثلُ قولِه: عبدُه حُرٌّ، وامرأتُه طالِقٌ، وعليه الْمَشيُ إلى بَيت اللهِ، إن شاء الله.

(**وإن مات ذِمِّيٌّ، فقالَت زَوجتُه: أسلَمْتُ بعد موتِه، وقالَت الوَرَثةُ**) لا، بل (**أسلَمْتِ قبل موتِه: فالقولُ لهم**) أي للوَرَثة، وقال زفرُ: القولُ لها؛ لأن الإسلامَ حادِثٌ، والأصلُ فيه أن يُضافَ إلى أقرَب أوقاتِه، وهو ما بعد الموتِ، فيُضافُ إليه، قُلنا: سبَبُ الحِرمانِ ثابِتٌ في الحال، فيَثبُت فيما مَضى تَحكيمًا للحال، كما في جَرَيان ماءِ الطّاحونةِ[1].

---

(١) لمراد بجريان ماء الطاحونة ما إذا اختلف مالكها مع المستأجر إذا طالبه بمدة، فقال: كان الماء منقطعًا: حُكِّم جريانُه في الحال، فإذا كان منقطعًا في الحال: فيُعطف على الماضي لرفع أجرة استحقاق الماضي، فكذا هذا، والتعبير بالاستصحاب أحسن من التعبير بالظاهر، فإن ما يثبت به الاستحقاق كثيرًا ما يكون ظاهرًا، كأخبار الآحاد قد تثبت ما يوجب استحقاقًا. اهـ كمال، وكتب ما نصه: قوله: كما في جريان ماء الطاحونة.. اختلفا في وجوب الأجر بعد المدة، فالمستأجر يقول الماء منقطع، فلا يجب الأجر، وقال الآجر: جارٍ فيجب الأجر، فلو كان =

وإن قال الْمُودَعُ: هذا ابن مُودِعي، لا وارِثَ له غيرُه: دَفَع المالَ إليه،

(وإن قال الْمُودَعُ) بفَتح الدّالِ (هذا ابن مُودِعي) بكَسر الدّالِ (لا وارِثَ له) أي لِمُودِعي (غيرُه) أي غيرُ هذا الابنِ (دَفَع) أي الْمُودَعُ (المالَ إليه) أي إلى الابن؛ لإقراره بأن ما في يَده مِلكُ الوارِثِ خلافةً عن الْمَيْت، فصار كما إذا أقَرَّ أنه مِلكُ الْمُورِّث[1]، وهو حيٌّ أصالةً.

بخِلاف ما إذا أقَرَّ لرجلٍ أنه وَكيلُ الْمُودَعِ بالقَبض، أو أنه اشتَراه منه؛ حيث لا يُؤمَر بالدَّفع إليه؛ لأن فيه إبطالَ حقِّ الْمُودَعِ في العَين بإزالتها عن يَده؛ لأن يدَ الْمُودَعِ كيَد المالِكِ، فلا يُقبَل إقرارُه عليه، ولا كذلك بعد موتِه، بخِلاف الْمَدينِ إذا أقَرَّ أنه وَكيلُ الطّالبِ بقَبض دَينِه؛ حيث يُؤمَر بالدَّفع إليه؛ لأنه إقرارٌ بخالِص حقِّه.

واختُلِف في اللُّقَطة إذا أقَرَّ الْمُلتقِطُ أنها لفُلانٍ هل يُؤمَر بالدَّفع إليه؟

ولو ادَّعى أنه وصيُّ الميْتِ، فصَدَّقه مُودَعُ الميْتِ، أو غاصِبُه، أو وصيُّه: لا يُؤمَر بالدَّفع إليه.

= الماء في الحال جاريًا كان القول للآجر، ولو كان منقطعًا كان القول للمستأجر، وهذا حكم باستصحاب الحال في حق ما مضى، بخلاف المفقود، فإن هناك حكمًا باستصحاب الحال الماضي في حق الحال، فعلم أن العمل بالاستصحاب تارةً يكون في الحال للماضي، وتارة من الماضي إلى الحال. اهـ كاكي. انتهى شلبي ٤/ ٢٠٠.

(١) في (د): الوارث. وانظر «التبيين» ٤/ ٢٠٠.

وإن قال لآخرَ: هذا ابنُه أيضًا، وكَذَّبه الأوَّلُ: قُضِي للأوَّل.

مِيراثٌ قُسِم بين الغُرَماءِ: لا يُكفَّل منهم، ولا من وارِثٍ.

ولو ادَّعى دارًا إرثًا لنَفسه ولأخٍ له غائبٍ، وبَرْهَن عليه: أخَذ نِصفَ المُدَّعَى فقط.

(**وإن قال**) مُودَعُ المَيْتِ (**لآخرَ**) أي لرجلٍ آخرَ بعدما أقَرَّ للأوَّل (**هذا**) وأشار إلى شخصٍ (**ابنُه أيضًا، وكَذَّبه**) الابنُ (**الأوَّلُ: قُضِي**) بالمال (**للأوَّل**) أي للابن الأوَّلِ؛ لأن إقرارَه قد صحّ، وانقَطَع يدُه عن المال، فيَكونُ هذا إقرارًا عن الغَير، فلا يَصِحُّ.

(**مِيراثٌ قُسِم بين الغُرَماءِ**) أي أصحابِ الدُّيونِ (**لا يُكفَّل منهم**) أي لا يُؤخَذ منهم كَفيلٌ (**ولا من وارِثٍ**) عند أبي حنيفة، وقالا: يُؤخَذ الكَفيلُ منهم؛ لأنه يَحتمِل أن يكونَ له وارِثٌ أو غَريمٌ غائِبٌ، وله: أن حقَّ الحاضِرِ ثابِتٌ قطعًا، فلا يُؤخَّر لأجل المَوهومِ إلى أن يُعطى الكَفيلُ.

والخِلافُ فيما إذا ثَبَت الدَّينُ والإرثُ بالشَّهادة، ولم تَقُل الشُّهودُ: لا نَعلَم له وارِثًا غيرَهم، وأما إذا ثَبَت بالإقرار: يُؤخَذ كَفيلٌ بالاتِّفاق، وإن قالُوا: (لا نَعلَم له وارِثًا غيرَهم): لا يُؤخَذ منهم كَفيلٌ بالاتِّفاق.

(**ولو ادَّعى**) شخصٌ (**دارًا إرثًا**) أي مَوروثةً (**لنَفسه ولأخٍ له غائبٍ، وبَرْهَن عليه**) أي أقامَ بَيِّنةً على ذلك (**أخَذ**) المُدَّعي (**نِصفَ المُدَّعَى**) بفَتح العَين، وهو النِّصفُ الذي هو نَصيبُ الحاضِرِ (**فقط**) يَعني: لا يَأخُذُ نَصيبَ الغائبِ، بل يُترَك في يَد ذِي اليدِ.

ومَن قال: مالِي أو ما أَملِك في الْمَساكِين صَدَقةٌ: فهو على مال الزَّكاةِ، ولو أَوصى بثُلُث مالِه: فهو على كلِّ شيءٍ.

ولا يُستوثَق من ذِي اليدِ بكَفيلٍ عند أبي حنيفة، وقالا: إن كان الَّذي هو في يَده جاحِدًا أُخِذ منه، وجُعِل في يَد أمينٍ، وإن لم يَجحَد تُرِك في يَده؛ لأن الجاحِدَ خائنٌ، فلا يُترَك في يَده، وله: أن الحاضِرَ ليس بخصمٍ عن الغائِب في استِيفاء نَصيبِه، وليس للقاضِي أن يَتعرَّضَ لوَدائِع النّاسِ ولا لغَيرِها حتى يَأخُذَها من أيدِي من هي عنده، فصار نَظيرَ ما لو عَرَف القاضِي مِلكًا لإنسانٍ، ثم رَآه في يَد غيرِه: فإنه لا يَأخُذه منه ولا يَتعرَّض له ما لم يَحضُر خصمُه، فكذا هذا.

(ومَن قال: مالِي أو ما أَملِك في الْمَساكِين صَدَقةٌ: فهو) أي قولُه هذا يَقَع (على مال الزَّكاةِ) وقال زفرُ: يَلزَمه التَّصدُّقُ بالكلّ؛ لأن اسمَ المالِ يَتناوَل الكلَّ، وقال الشَّعبيُّ: لا يَلزَمه شيءٌ، وقال مالِكٌ وأحمدُ: يَجِب عليه إخراجُ الثُّلُث كالوَصِيّة، وقال الشّافعيُّ: إن عَلَّقه بشَرط المنعِ كان يَمينًا، فإذا حَنِث فعليه كَفّارةٌ.

ولنا: أنه يُعتبَرُ بإيجاب اللهِ تَعالى، قال اللهُ تَعالى: ﴿خُذْ مِنْ أَمْوَٰلِهِمْ صَدَقَةً﴾ [التوبة: ١٠٣]، فيَتصدَّق بالنَّقدَين، وعُروضِ التِّجارةِ، والسَّوائمِ، والغَلّةِ، والثَّمَرةِ العُشريّةِ، والأرضِ العُشريّةِ، ولا يَتصدَّق بغَير ذلك من الأَموال؛ لأنها ليست بأَموال الزَّكاةِ.

(ولو أَوصى بثُلُث مالِه فهو) أي إيصاؤُه يَقَع (على كلِّ شيءٍ) بلا خِلافٍ؛ لأنها أختُ الْمِيراثِ، والْمِيراثُ يَجري في الكلّ، فكذا هي.

ومن أُوصِي إليه ولم يَعلَم بالوَصِيّة: فهو وصيٌّ، بخِلاف الوَكيلِ.
ومن أُعلِم بالوَكالة: صحَّ تَصرُّفُه، ....

(ومن أُوصِي إليه) على صِيغة الْمَجهولِ (ولم يَعلَم بالوَصِيّة: فهو وصيٌّ) حتى لو باع شيئًا من التَّرِكة قبل العلمِ به جاز البيعُ، وعن أبي يوسف: لا يجوزُ حتى يُعلَمَ، كما في الوَكالة، ولهما: أنه خِلافةٌ؛ لأنه يَتصرَّف[1] بعد انقِطاعِ وِلايةِ الْمُوصي، فلا يَتوقَّف على العِلم، كتَصرُّف الوارِثِ.

(بخِلاف الوَكيلِ) بأن وَكَّله شخصٌ ولم يَعلَم بها: لا يكونُ وَكيلًا، حتى لو باع من مال الْمُوكِّلِ شيئًا قبل العِلمِ بالوَكالة، ثم عَلِم: لم يَجُز؛ لأن الوَكالةَ إثباتُ وِلايةِ التَّصرُّفِ في ماله، وليس باستِخلافٍ؛ لبَقاء وِلايةِ الْمُوكِّلِ، فلا يَصِحُّ بلا عِلم من تَثبُت له الوِلايةُ[2].

(ومن أُعلِم بالوَكالة) بأن وَكَّله رجلٌ وهو لا يَعلَم، فأعلَمه واحِدٌ من النّاس: كان وَكيلًا، فلذا (صحَّ تَصرُّفُه) سواءٌ أخبَره بذلك عدلٌ أو غيرُ عدلٍ، صَغيرًا كان أو كَبيرًا؛ لأنه من الْمُعامَلات وليس فيه إلزامٌ.

وكذا لا يُشترَط فيه الحُرِّيّةُ ولا الإسلامُ، ولا يُشترَط فيه إلا التَّمييزُ.

---

(١) في (ب): لا ينصرف، وفي (ج): لأنه ينصرف.
(٢) قال في «مجمع الأنهر» ٢/ ١٨١: والفرق أن الوصية استخلاف بعد انقطاع ولاية الموصي، فلا يتوقف على العلم، كتصرف الوارث، وأما الوكالة فإثبات ولاية التصرف في ماله، وليست باستخلاف؛ لبقاء ولاية المنوب عنه، فلا تصح ممن تثبت له الولاية.

ولا يَثبُت عزلُه إلا بعدلٍ أو مَستورَين، كالإخبار للسَّيِّد بجِناية عبدِه، وللشَّفيعِ، والبِكرِ، ....

(**ولا يَثبُت عزلُه**) أي عزلُ الوَكيلِ عن الوَكالة (**إلا بعدلٍ**) أي بخبَر عدلٍ واحِدٍ (**أو**) خبَرِ اثنَين (**مَستورَين**) عند أبي حنيفة، وعندهما: لا يُشترَط إلا التَّمييزُ في الْمُخبِر؛ لأنها من الْمُعامَلات، وله: أن فيها إلزامًا من وجهٍ، فيُشترَط فيه أحدُ شَطرَي[1] الشَّهادةِ: إما العدَدُ أو العَدالةُ، بَيانُ الإلزامِ: أن الوَكيلَ تَلزَمه العُهدةُ على تَقدير أن يَتصرَّف.

(**كالإخبار للسَّيِّد**) أي كما أنه يُشترَط العدَدُ أو العَدالةُ في الإخبار للسَّيِّد، أي لِمَولى العبدِ (**بجِناية عبدِه**) عند أبي حنيفة، خِلافًا لهما، حتى إذا أخبَره واحِدٌ غيرُ عدلٍ، فأعتَق عبدَه: لا يَلزَمه الأَرْشُ عنده، والدَّليلُ ما مرّ، وبَيانُ الإلزامِ فيه: أن السَّيِّدَ على تَقدير التَّصرُّفِ في العَبد بالعَتق وغيرِه يَلزَمه الأَرْشُ.

(و) كالإخبار (**للشَّفيع**) يُشترَط فيه أيضًا العدَدُ أو العَدالةُ عنده، خِلافًا لهما، حتى إذا أخبَره واحِدٌ غيرُ عدلٍ وسَكَت: لا تَبطُل شُفعتُه عنده، وبَيانُ الإلزامِ فيه: أنه يَلزَمه سُقوطُ الشُّفعةِ على تَقدير سُكوتِه.

(و) كالإخبار للأُنثى (**البِكرِ**) يُشترَط فيه أيضًا العدَدُ أو العَدالةُ عنده، خِلافًا لهما، حتى إذا أخبَرها واحِدٌ غيرُ عدلٍ بنِكاحها فسَكَتت: لا يكونُ رِضًا عنده، خِلافًا لهما، وبيانُ الإلزامِ فيه: أنه يَلزَمها النِّكاحُ على تَقدير السُّكوتِ.

---

(١) في (ز) و(ح): شرطي.

والمسلمِ الذي لم يُهاجِر.

ولو باع القاضِي أو أمينُه عبدًا للغُرَماء، وأَخَذ المالَ، فضاع، واستُحِقَّ العبدُ: لم يَضمَن، ورَجَع الْمُشتَري على الغُرَماء.

(و) كالإِخبار للشَّخص (المسلمِ الذي) أسلَم في دار الحربِ، ولكنه (لم يُهاجِر) إلى دار الإسلامِ: يُشترَط فيه العدَدُ أو العَدالةُ، خِلافًا لهما، حتى إذا أَخبَره واحِدٌ غيرُ عدلٍ بوُجوب الشَّرائعِ: لا يَلزَمه عنده، خِلافًا لهما.

والأصحُّ أنه يُقبَل فيه خبَرُ الفاسقِ، حتى تَجِبُ عليه الأحكامُ بخَبَره، كما في الرَّسول لا يُشترَط العَدالةُ، كالبِكر إذا أَخبَرها رَسولُ الوليِّ بالتَّزويج.

(ولو باع القاضِي أو أمينُه عبدًا) لرجلٍ (للغُرَماء) أي لأجل دُيونِهم (وأَخَذ) القاضِي أو أمينُه (المالَ) أي الثَّمَنَ (فضاع) عند القاضِي أو أمينِه (واستُحِقَّ العبدُ) ونُزِع من يَد الْمُشتَري (لم يَضمَن) القاضِي أو أمينُه الثَّمَنَ للمُشتَري؛ لأن أمينَ القاضِي قائمٌ مَقامَه، والقاضِي قائمٌ مَقامَ الخَليفةِ، وكلُّ واحِدٍ منهم لا يَلزَمه الضَّمانُ؛ لأنه يُؤدِّي إلى تَباعُدهم[1] عن قَبول الأمانةِ، فتَتعطَّل مَصالِحُ النّاس.

(ورَجَع الْمُشتَري) أي مُشتَري العبدِ الْمَذكورِ (على الغُرَماء) لأن البيعَ واقِعٌ لهم، فتكونُ عُهدتُه عليهم.

---

(١) في (أ) و(ج) و(د): تقاعدهم.

وإن أَمَر القاضِي الوصيَّ ببَيعه لهم، فاستُحِقَّ، أو مات قبل القبضِ، فضاع المالُ: رَجَع الْمُشتَري على الوصيّ، وهو على الغُرَماء.

ولو قال قاضٍ عدلٌ عالِمٌ: قَضَيتُ على هذا بالرَّجم أو بالقَطع أو بالضَّرب، فافعَله: وَسِعك فِعلُه.

(وإن أَمَر القاضِي الوصيَّ ببَيعه) أي ببَيع العبدِ (لهم) أي لأَجل الغُرَماءِ (فاستُحِقَّ) العبدُ (أو مات قبل القبضِ) من الوصيّ (فضاع المالُ) أي الثَّمَنُ (رَجَع الْمُشتَري على الوصيّ) لأنه هو العاقِدُ نِيابةً عن الميْت، فتَرجِع الحُقوقُ إليه، كما إذا وَكَّله حالَ حَياتِه، وكذا الوصيُّ الذي نَصَبه القاضِي؛ لأنه نَصَبه ليَكونَ قائِمًا مَقامَ الْمَيْت (وهو) أي الوصيُّ يَرجِع (على الغُرَماء) لأنه عامِلٌ لهم، وقِيل: لا يَرجِع عليهم؛ لأن الضَّمانَ وَجَب عليه بفِعله، والأوَّلُ أصحُّ؛ لما ذكَرْنا.

(ولو قال قاضٍ عدلٌ عالِمٌ: قَضَيتُ على هذا) وأَشار إلى شخصٍ (بالرَّجم أو بالقَطع) أي بقَطع يدِه في السَّرِقة (أو بالضَّرب) في حدٍّ (فافعَله) أي ارجُمه، أو اقطَعه، أو اضرِبه (وَسِعك فِعلُه) ولا تُلامُ عليه عند اللهِ تَعالى؛ لأن طاعةَ أُولي الأمرِ واجِبةٌ.

قَيَّد هنا بالعَدل والعِلم، وفي «الجامِع الصَّغير» لم يُقيِّد بهما، وهو الظَّاهرُ، ورَجَع محمدٌ عن هذا فقال: لا يَأخُذ[1] بقَوله إلا أن يُعايِنَ الحُجّةَ، أو يَشهَدَ بذلك مع القاضِي عدلٌ، وبه أَخَذ مَشايِخُنا؛ لفَساد

(١) في (ج) و(د): لا نأخذ.

وإن قال قاضٍ عُزِل لرجلٍ: أَخَذتُ منك ألفًا، ودَفَعتُها إلى زيدٍ، قَضَيتُ به عليك، فقال الرَّجُلُ: أخَذْتَه ظُلمًا: فالقولُ للقاضِي.

وكذا لو قال: قَضَيتُ بقَطع يدِك في حقٍّ، إذا كان الْمَقطوعُ يدُه والْمَأخوذُ منه المالُ مُقِرًّا أنه ....

أكثَرِ قُضاةِ أهلِ زَمانِنا، ولا سِيَّما في قُضاة هذه البِلادِ الذين يَتولَّون بالرِّشوة، وهم في أنفُسهم جُهَلاءُ، وأكثَرُهم فَسَقةٌ.

(وإن قال قاضٍ عُزِل) عن القَضاء (لرجلٍ: أَخَذتُ منك ألفًا، ودَفَعتُها إلى زيدٍ قَضَيتُ به) أي بالألف حقًّا (عليك، فقال الرَّجُلُ: أخَذْتَه ظُلمًا) أي بطَريق الظُّلمِ (فالقولُ للقاضِي) لأن الْمَقضيَّ عليه لما أقَرَّ أنه فَعَله في حال قَضائِه صار مُعترِفًا بشَهادة الظّاهرِ للقاضِي، فجُعِل القولُ قولَه، وليس عليه يَمينٌ؛ لأنه ثَبَت أنه فَعَل ذلك في حال قَضائِه بتَصادُقِهما.

(وكذا) القولُ للقاضِي ولا يَمينَ عليه (لو قال: قَضَيتُ بقَطع يدِك في حقٍّ) وقال الْمَقضيُّ عليه: (بل قَطَعْتَها ظُلمًا)؛ لما ذكَرْنا، ولكن الشَّرطُ في الصُّورتَين: أن يَعترِفَ الْمَقضيُّ عليه أن القاضِيَ فَعَله في حالة القَضاءِ، وأشار إليه بقَوله:

(إذا كان الْمَقطوعُ يدُه) في الْمَسألة الثّانيةِ (والْمَأخوذُ منه المالُ[1]) في الْمَسألة الأُولى (مُقِرًّا) وانتِصابُه على أنه خبَرُ (كان) (أنه) أي أن

(١) في (أ) و(ب) و(د) و(هـ): مال.

فَعَله وهو قاضٍ.

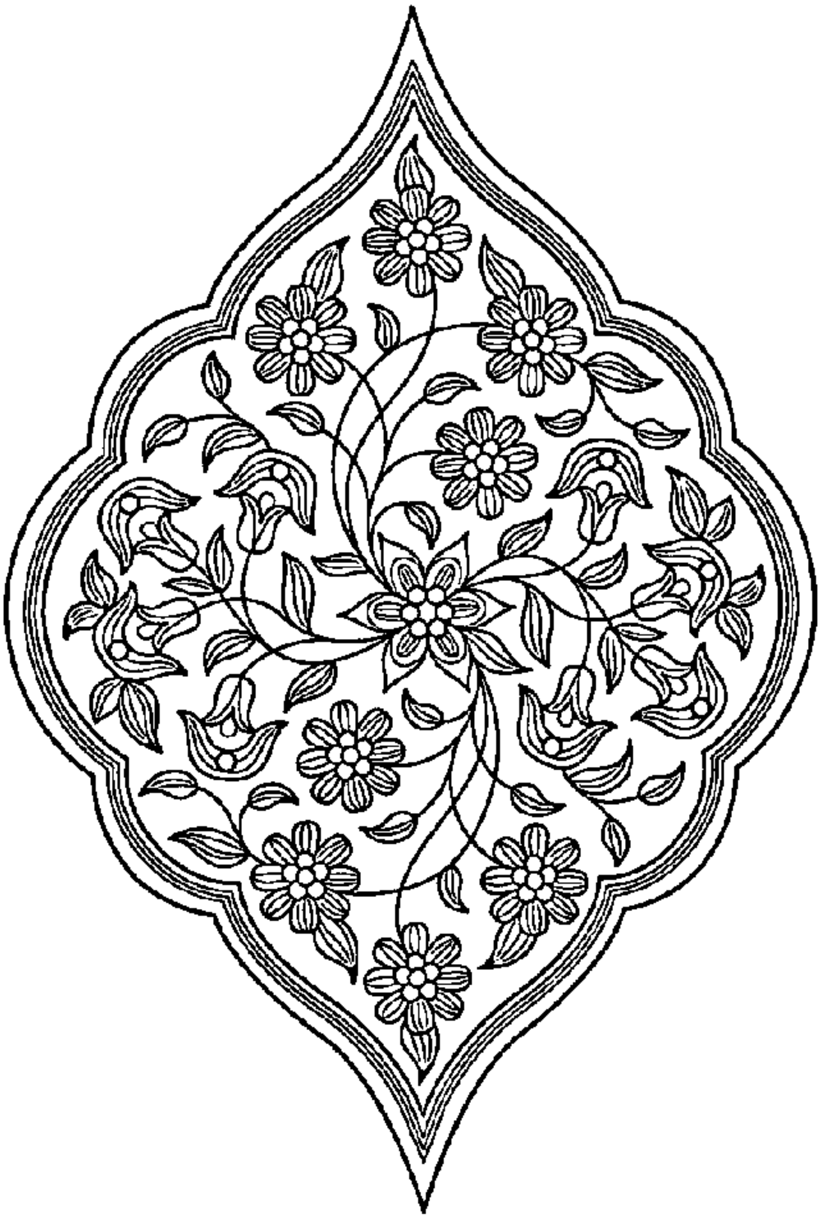
القاضِيَ (فَعَله) أي فَعَل هذا الفِعلَ، وهو الحُكمُ بالمال في الْمَسألة الأُولى، وبقَطع اليدِ في الثّانية (و) الحالُ أنه (هو قاضٍ) في ذلك الوقتِ.

فعُلِم من هذا أن الْمَقطوعَ يدُه، أو الْمَأخوذَ مالُه.. إذا زَعَم أنه لم يكن قاضِيًا يومَئذٍ، وإنما فَعَل ذلك قبل التَّقليدِ أو بعد العزلِ: كان القولُ قولَ الْمُدَّعي، نصَّ عليه شمسُ الأئِمّةِ السَّرَخسيُّ.

وقال صاحِبُ «الهِدايةِ»: القولُ للقاضِي أيضًا، هو الصَّحيحُ؛ لأنه أَسنَد فِعلَه إلى حالةٍ مَعهودةٍ مُنافِيةٍ للضَّمان، فصار كما إذا قال: طَلَّقتُ أو أَعتَقتُ[1] وأنا مَجنونٌ، والجُنونُ كان مَعهودًا منه.

(١) في (هـ): أو علقت.

كِتَابُ الشَّهَادَةِ



كِتاب الشَّهادةِ

وهي: إخبارٌ ....

هذا (كِتاب) في بَيان أحكامِ (الشَّهادةِ)

ومَعناها: الحُضورُ، قال عَلَيْهِ الصَّلَاةُ وَالسَّلَامُ: «الغَنيمةُ لمن شَهِد الوَقعةَ»[1]، أي حَضَرها، والشّاهِدُ أيضًا يَحضُر[2] القاضِيَ ومَجلِسَ الوَاقِعة[3].

وفي الشَّرعِ: ما ذَكَره الشَّيخُ بقَوله: (وهي) أي الشَّهادةُ (إخبارٌ) بحقٍّ

---

(١) قال في «نصب الراية» ٣/ ٤٠٨: قال عَلَيْهِ الصَّلَاةُ وَالسَّلَامُ: «الغنيمة لمن شهد الوقعة»، ثم قال المصنف: والمشهور وقفه على عمر، قلت: غريب مرفوعًا، وهو موقوف على عمر، كما قال المصنف، رواه ابن أبي شيبة في «مصنفه» (٣٣٢٢٥) حدثنا وكيع ثنا شعبة عن قيس بن مسلم عن طارق بن شهاب أن أهل البصرة غزوا نهاوند، فأمدهم أهل الكوفة، وعليهم عمار بن ياسر، فظهروا، فأراد أهل البصرة أن لا يقسموا لأهل الكوفة، فقال رجل من بني تميم: أيها العبد الأجدع، تريد أن تشاركنا في غنائمنا؟! وكانت أذنه جدعت مع رسول الله صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ، فقال: خيرَ أذنيَّ سببتَ، ثم كتب إلى عمر، فكتب عمر: إن الغنيمة لمن شهد الوقعة. انتهى. ورواه الطبراني في «معجمه» (٨٢٠٣)، والبيهقي في «سننه» (١٧٩٥٤)، وقال: هو الصحيح من قول عمر. انتهى، وأخرجه ابن عدي في «الكامل» (٢/ ٢٣٨) عن بختريِ بن مختار العبدي عن عبد الرحمن بن مسعود عن علي، قال: الغنيمة لمن شهد الوقعة. انتهى، قال ابن عدي: وبختري هذا لا أعلم له حديثًا منكرًا. انتهى. ونقله المصنف في «البناية» ٧/ ١٤٣ مختصرًا.

(٢) في (هـ): بحضرة.

(٣) في (هـ): الوقعة.

عن مُشاهَدة وعِيانٍ، لا عن تَخمينٍ وحِسبانٍ.

لشخصٍ على غَيره (عن مُشاهَدة) القَضِيّةِ التي يَشهَد بها بالتَّحقيق (و) عن (عِيانٍ) أي مُعايَنةٍ لتلك القَضِيّةِ، والإشارةُ إليه بقَوله عَلَيهِ الصَّلَاةُ وَالسَّلَامُ: «إذا عَلِمتَ مِثلَ الشَّمسِ فاشهَد، وإلا فدَعْ»[1].

ثم أكَّد مَعنى الشَّهادةِ بقَوله: (لا عن تَخمينٍ) وهو القولُ بالحَدْس، قاله الجَوهَريُّ، وهو مَصدَر (خَمَّن) بالتَّشديد، ومادّتُه: خاءٌ مُعجَمةٌ، وميمٌ، ونونٌ، والتَّخمينُ والحَدْس في الإخبار لا يُفيدُ التَّحقُّقَ[2] والتَّيقُّنَ، فلا تجوزُ الشَّهادةُ به.

وأكَّد مَعنى العِيانِ بقَوله: (و) لا عن (حِسبانٍ) بكَسر الحاءِ، من حَسِبته كذا أحسَبه بالفَتح، مَحسَبةً ومَحسُبةً وحِسبانًا: أي ظَنَنتُه، ويُقالُ: (أحسِبه) بالكَسر: وهو شاذٌّ، وأما (حُسبان) بالضَّمِّ: فهو مَصدَرٌ من حَسَب يَحسُب، من باب: نَصَر يَنصُر: إذا عدَّ.

وجَعَل الشّارحُ هذا مَعنًى لُغويًّا للشَّهادة، ثم قال: وهي في اصطِلاح أهلِ الشَّريعةِ: عِبارةٌ عن إخبارٍ بصِدقٍ، مَشروطٍ فيه مَجلِسُ القَضاءِ ولَفظَةُ الشَّهادةِ.

وليس كذلك؛ لأن مَعناها اللُّغويَّ الحُضورُ[3] كما ذكَرْناه، وهذا مَعناه الاصطِلاحيُّ.

---

(١) رواه بلفظ قريب: الحاكم (٧٠٤٥)، والبيهقي (٢٠٥٧٩).
(٢) في سوى (أ): التحقيق.
(٣) في (ب) و(د) و(هـ): لأن معناها اللغوي المصور.

وتَلزَمُ بطَلب الْمُدَّعي.

وقولُه: (إخبارٌ عن مُشاهَدةٍ وعِيانٍ): هو إخبارٌ بصِدقٍ، وأما كونُه في مَجلِس القَضاءِ: فليس من تَمام الحدِّ، وإنما هو من شُروط الشَّهادةِ، وشرطُ الشَّيءِ خارجٌ عن ذاتِه، كما عُرِف.

(وتَلزَمُ) الشَّهادةُ، أي أداؤُها (بطَلب الْمُدَّعي) لأنه حقُّه، فيَتوقَّف على طَلَبه، فإذا طَلَب لا يَسَعُ كِتمانُها؛ لقَوله تعالى: ﴿وَلَا تَكْتُمُوا الشَّهَادَةَ وَمَن يَكْتُمْهَا فَإِنَّهُ آثِمٌ قَلْبُهُ﴾ [البقرة: ٢٨٣][(١)]، ثم إنما يَأثَم إذا عَلِم أن القاضِيَ يَقبَل شَهادتَه، وإن عَلِم أنه لا يَقبَل، أو كان هو ثالِثًا أو رابِعًا، وأدّى غيرُه، ولم يُؤدِّ هو: لا يَأثَم؛ لظُهور الحقِّ بغَيره.

وهذا إذا كان مَوضِعُ الشّاهدِ قَريبًا من مَوضِع القاضِي، وإن كان بَعيدًا بحيث لا يُمكِنه أن يَغدُوَ إلى القاضِي لأدائها ويَرجِعَ إلى أهله في يَومه ذلك.. قالُوا: لا يَأثَم؛ لأنه يَلحَقه بذلك ضرَرٌ، قال تَعالى: ﴿وَلَا يُضَارَّ كَاتِبٌ وَلَا شَهِيدٌ﴾ [البقرة: ٢٨٢].

ثم إن كان شيخًا كَبيرًا لا يَقدِرُ على الْمَشي إلى مَجلِس القاضِي، وليس له شيءٌ للرُّكوب، فأركَبه الْمُدَّعي من عنده: لا بأسَ به، وتُقبَل شَهادتُه؛ لأنه من باب الإكرامِ، وإن كان يَقدِر وأركَبه من عنده: لا تُقبَل.

---

(١) ولم يضف الله تعالى الإثم إلى القلب في القرآن الكريم إلا في هذا الموضع، وكتمها مع تعينها أحد وجهي شهادة الزور، وانظر رسالتي: «براءة القلوب السليمة من إثم النكول عن الشهادة القويمة».

وسَتْرُها في الحُدودِ أحبُّ.
ويقولُ في السَّرِقة: أَخَذ، لا سَرَق.
وشُرِط للزِّنى: أربَعةُ رِجالٍ، ولبَقِيّة الحُدودِ والقِصاصِ: رَجُلان،

(وسَتْرُها) أي سَترُ الشَّهادةِ وكِتمانُها (في) أبواب (الحُدودِ أحبُّ) من الإظهار؛ لقَوله عَلَيْهِ الصَّلَاةُ وَالسَّلَامُ: «مَن سَتَر على مسلمٍ سَتَر اللهُ عليه في الدُّنيا والآخِرةِ»[1]، وقولُه تَعالى ﴿وَمَن يَكْتُمْهَا فَإِنَّهُۥٓ ءَاثِمٌ قَلْبُهُۥ﴾ [البقرة: ٢٨٣]: في حُقوق العِبادِ.

(ويقولُ) الشاهدُ (في السَّرِقة: أَخَذ) فُلانٌ الشَّيءَ الفُلانيَّ (لا) يقولُ: (سَرَق) لأن الحقَّ يَثبُت بقَوله: (أَخَذ)، وهو الْمَقصودُ، وامتِناعُه من لَفظ (سَرَق) مُحافَظةً على الْمَندوب إليه في السَّتر.

(وشُرِط للزِّنى) أي لإثباته (أربَعةُ رِجالٍ) لقَوله تَعالى: ﴿فَٱسْتَشْهِدُوا۟ عَلَيْهِنَّ أَرْبَعَةً مِّنكُمْ﴾ [النساء: ١٥]، واشتِراطُ الأربَعة مع وصفِ الذُّكورةِ يُحقِّق مَعنى السَّتر؛ إذ وُقوفُ الأربَعة على هذه الفاحِشةِ قلَّما يَتحقَّق.

(و) شُرِط (لبَقِيّة الحُدودِ) وهي حدُّ القذفِ، وحدُّ الشُّربِ، وحدُّ السَّرِقةِ (والقِصاصِ: رَجُلان) لحَديث الزُّهريِّ[2] رَضِي تَعالى اللهُ عنه: مَضَت السُّنّةُ من لَدُن رَسولِ اللهِ صَلَّى اللهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ والخَليفتَين من بعده: أن لا شَهادةَ

(١) روى البخاري (٢٤٤٢) ومسلم (٢٦٩٩) واللفظ له مرفوعًا: «ومن ستر مسلمًا ستره الله في الدنيا والآخرة».
(٢) في (د): لحديث أبي هريرة.

وللوِلادة، والبَكارةِ، وعُيوبِ النِّساءِ فيما لا يَطَّلِع عليه رجلٌ: امرَأةٌ،

للنِّساء في الحُدود[1].

(و) شُرِط (للوِلادة، والبَكارةِ، وعُيوبِ النِّساءِ فيما لا يَطَّلِع عليه رجلٌ[2]: امرَأةٌ) فـ (رجلٌ) مَرفوعٌ بقوله: (لا يَطَّلِع)، و(امرَأةٌ) مَرفوعٌ بقَولنا: (وشُرِط) الْمُقدَّرِ.

وعند الشّافعيِّ: لا بُدَّ في ذلك من شَهادة أربَعِ نِسوةٍ؛ لأن الشَّهادةَ الْمُطلَقةَ بشَهادة رَجُلَين، والْمَثْنى منهنَّ بمَنزِلةِ واحِدٍ[3]، وعند مالِكٍ وأحمدَ في رِوايةٍ: يُشترَط ثِنتان؛ لأن الواحِدةَ في هذا البابِ كالرَّجُل، فيُشترَط فيه العدَدُ كالرِّجال، وبه قال ابنُ أبِي لَيلى.

قُلنا: إنّ هذا خبَرٌ، وليس بشَهادةٍ، ولهذا لا يُشترَط لَفظةُ الشَّهادةِ، وخبَرُ الواحِدِ في الدِّيانات مَقبولٌ.

وأما شَهادتُهنَّ في استِهلال الصَّبيِّ لا تُقبَل في حقِّ الإرثِ عند أبي حنيفة: لأنه مما يَطَّلِع عليه الرِّجالُ، وتُقبَل في حقِّ الصَّلاةِ عليه،

---

(١) قال في «نصب الراية» ٤/ ٧٩: رواه ابن أبي شيبة في «مصنفه» (٢٨٧١٤) حدثنا حفص عن حجاج عن الزهري قال: مضت السنة من رسول الله ﷺ والخليفتين من بعده أن لا تجوز شهادة النساء في الحدود. انتهى، وأخرج (ما بعد هذا الأثر) عن الشعبي، والنخعي، والحسن، والضحاك، قالوا: لا تجوز شهادة النساء في الحدود، وأخرج عبد الرزاق في «مصنفه» (١٥٤٠٥) أخبرنا الحسن بن عمارة بن الحكم بن عتيبة: أن علي بن أبي طالب قال: لا تجوز شهادة النساء في الحدود والدماء. انتهى.

(٢) في (هـ): الرجال.

(٣) في سوى (أ) و(ز) و(ح): بمنزلة واحدة.

ولغَيرها رَجُلان، أو رجلٌ وامرَأتان.

وعندهما: تُقبَل، وتُقبَل في الوِلادة شَهادةُ رجلٍ واحِدٍ أيضًا.

ثم اختَلَفوا فيما إذا قال: تَعمَّدتُ النَّظَرَ، قال بعضُهم: تُقبَل، كما في الزِّنى(١).

(و) شُرِط (لغَيرها) أي لغَير الحُدودِ والقِصاصِ وما لا يَطَّلِع(٢) عليه الرِّجالُ (رَجُلان، أو رجلٌ وامرَأتان) سواءٌ كان الحقُّ مالًا أو غيرَ مالٍ، كالنِّكاح، والطَّلاقِ، والعَتاقِ، والوَكالةِ، والوِصايةِ، ونحوِ ذلك مما ليس بمالٍ.

وقال الشَّافعيُّ: لا تُقبَل شَهادةُ النِّساءِ مع الرِّجالِ إلا في الأموال وتَوابِعِها، كالأجَل، وشرطِ الخِيارِ؛ لأن الأصلَ عدَمُ قَبولِ شَهادتِهنَّ؛ لنُقصان العقلِ، وقُصورِ الوِلايةِ، واختِلالِ الضَّبطِ، ولكن في الأموال ضَرورةٌ باعتِبار كَثرةِ وُجودِها وقِلّةِ خطَرِها، فيُقتصَرُ عليها، وبه قال مالِكٌ وأحمدُ.

ولنا: ما رُوِي أن عمرَ وعليًّا رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُمَا أجازا شَهادةَ النِّساءِ مع الرِّجالِ في النِّكاح والفُرقةِ، والأصلُ قَبولُ شَهادتِهنَّ؛ لوُجود ما تُبتنى عليه أهليّةُ الشَّهادةِ، وهو المُشاهَدةُ والضَّبطُ والأداءُ، وما يَعرِض لهنَّ من قِلّة الضَّبطِ فهو مَجبورٌ بضمِّ الأُخرى إليها.

---

(١) إشكال المسألة كونه هل يفسق بهذا التعمد فترد شهادته أم لا، وقد مر.

(٢) في (د): وما يطلع. وانظر «التبيين» ٤/ ٢٠٩.

وللكلِّ: لفظُ الشَّهادةِ، والعَدالةُ.
ويُسألُ عن الشُّهود سِرًّا وعَلانِيَةً في الحُقوقِ.

(و) شُرِط (للكلِّ) أي لجَميع مَراتبِ الشَّهادةِ، وهي أربَعُ مَراتِبَ على ما مرّ (لفظُ الشَّهادةِ) حتى تُقبَلَ، حتى لو قال الشّاهدُ: أعلَم أو أتيقَّن: لا تُقبَل شَهادتُه؛ لأن النُّصوصَ ناطِقةٌ بلَفظ الشَّهادةِ، فلا يقومُ غيرُها مَقامَها؛ لما فيها من زِيادة تَوكيدٍ؛ لأنها من ألفاظ اليَمينِ، فيكونُ مَعنى اليَمينِ مُلاحَظًا[1] فيها.

والعِراقيُّون لا يَشترِطون لفظَ الشَّهادةِ في شَهادة النِّساءِ فيما لا يَطَّلِع عليه الرِّجالُ، ويَجعَلونه من باب الإخبارِ لا من باب الشَّهادةِ، والصَّحيحُ هو الأوّلُ؛ لأنه من باب الشَّهادةِ.

(و) شُرِط للكلِّ أيضًا (العَدالةُ) لأنها هي المُعيِّنةُ للصِّدق، قال اللهُ تَعالى: ﴿وَأَشْهِدُوا ذَوَيْ عَدْلٍ مِّنكُمْ﴾ [الطلاق: ٢]، وقال تَعالى: ﴿مِمَّن تَرْضَوْنَ مِنَ الشُّهَدَاءِ﴾ [البقرة: ٢٨٢]، والعدلُ هو المَرضيُّ.

وهي شرطُ لُزومِ العمَلِ بالشَّهادة، لا شرطُ أهليّةِ الشَّهادةِ؛ إذ الفاسِقُ أهلٌ لوِلاية القَضاءِ والسَّلطَنةِ، فيكونُ أهلًا للشَّهادة، إلا أن فِسقَه أوجَب التَّوقُّفَ في خَبَره؛ لتُهَمته، وعن أبي يوسف: أنه إذا كان وَجيهًا في النّاس ذا مُروءةٍ: تُقبَل شَهادتُه.

(ويُسألُ) على صِيغة المَجهولِ، أي يَسألُ القاضِي (عن الشُّهود سِرًّا) أي في سِرٍّ (و) في (عَلانِيَةٍ في) سائِر (الحُقوقِ) عندهما.

---

(١) في (أ): مراعًى.

....

وقال أبو حنيفة: يَقتصِر على ظاهِر عَدالةِ المسلمِ، ولا يَسألُ عن الشّاهِد حتى يَطعَنَ الخصمُ فيه، فإن طَعَن فيه سَأل عنه سِرًّا وجهرًا، إلا في الحُدود والقِصاصِ، فإنه يَسألُ عنه في السِّرِّ والعَلانِيَةِ وإن لم يَطعَن الخصمُ؛ لقَوله عَلَيهِ الصَّلَاةُ وَالسَّلَامُ: «الْمُسلِمون عُدولٌ بعضُهم على بعضٍ، إلا الْمَحدودَ في القَذف»[1]، ومِثلُ ذلك عن عمرَ رَضِيَ اللَّهُ عَنهُ[2].

ولهما: أن القَضاءَ يُبنى على الحُجّة، ولا تَقَع الحُجّةُ إلا بشَهادة العُدولِ، وقِيل: هذا اختِلافُ زَمانٍ لا بُرهانٍ؛ فإنَّ عصْرَ الإمامِ كان من العُصور الْمَشهودِ لها بالعَدالة سِرًّا وعَلانِيَةً، وعصرُهما في القَرن الرّابعِ[3] بعدما تَغيَّر أحوالُ النّاس، وظَهَرت الخِيانات والكَذِبُ،

---

(١) رواه ابن أبي شيبة (٢٠٦٥٧).

(٢) رواه الدارقطني (٤٤٧١)، والبيهقي (٢٠٨٣٠).

(٣) قال الشلبي ٤/ ٢١١ ناقلًا عن الكمال: قوله: وقيل: (هذا اختلاف عصر وزمان لا حجة وبرهان) وذلك لأن الغالب في زمان أبي حنيفة الصلاح بخلاف زمانهما، وما قيل: إنه أفتى في القرن الثالث وهو المشهود له بالصلاح منه صَلَّى اللَّهُ عَلَيهِ وَسَلَّمَ حيث قال: «خير القرون قرني، ثم الذين يلونهم، ثم الذين يلونهم»، وهما أفتيا بالقرن الرابع.. ففيه نظر، فإن أبا حنيفة توفي في عام خمسين ومائة، فكيف أفتى في القرن الثالث؟ انتهى.
وفي «غمز عيون البصائر» ٢/ ٣٩٨: وإنما يتم قولُه: أن أبا حنيفة كان في القرن الثالث ومحمد في القرن الرابع: على القول بأن القرن دون المائة، قال الحافظ ابن حجر في «فتح الباري» بعد كلام: ويُطلق القرن على مدة من الزمان، واختلفوا في تحديدها من عشرة أعوام إلى مائة وعشرين، لكن لم أرَ مَن صَرّح بالتسعين ولا بالمائة وعشرة، وما عدا ذلك قال به قائل، وذكر الجوهري =

....

والفَتوى اليومَ على قَولهما، وهو قولُ الشّافعيِّ وأحمدَ.

وعند مالِكٍ: لا يُسألُ فيمن كان[1] مَشهورًا بالعَدالة.

ثم التَّعديلُ في السِّرِّ: أن يَبعَثَ الْمَستورةَ، وهي الرُّقعةُ التي فيها أسماءُ الشُّهودِ، سُمِّيت مَستورةً: لأنها تُخفى إلى الْمُعدِّل[2]، فيها اسمُ الشّاهِدِ، ونَسَبُه[3]، وحِليتُه، ومَسجِدُه الذي يُصلِّي فيه، ومَحَلّتُه، وسُوقُه إن كان سُوقيًّا، فيَسألُ عن جِيرانه وأصدِقائِه..

= الثلاثين والمائتين، وقد وقع في حديث عبد الله بن بشر عند مسلم ما يدل على أن القرن مائة، وهو مشهور. انتهى. وفي «شرح البخاري» للعيني: أن الأكثرين على أن القرن ثلاثون سنة. انتهى.

قلت: هذه العبارة وردت في كثير من كتب أئمتنا رضي الله تعالى عنهم، وجلُّ من أوردها لم يعقب عليها، ولعل المراد منها والله أعلم أن القرن هنا هو الجيل، والذي اعتباره برؤية رسول الله ﷺ، فالقرن الأول صحابة رسول الله ﷺ، والثاني تابعوهم، والثالث تابعوهم، ومنهم الإمام أبو حنيفة رضي الله عنه، مع ثبوت رؤيته لبعض الصحابة وعدم الرواية عنهم كما هو التحقيق، والقرن الرابع تابعوهم، وهم عصر الإمام أبي يوسف ومحمد، وهكذا فكل طبقة تلاميذ من هذه السلسلة ونحوها: قرن.

وقد ذكر القرن الرابع في بعض طرق هذا الحديث الشريف، قال المصنف رحمه الله في «عمدة القاري» ١٦/ ١٧١: ووقع في حديث جعدة بن هبيرة، ورواه ابن أبي شيبة والطبراني: إثبات القرن الرابع، ولفظه: «خير الناس قرني، ثم الذين يلونهم، ثم الذين يلونهم، ثم الذين يلونهم، ثم الآخرون أردى»، ورجاله ثقات، إلا أن جعدة بن هبيرة مختلف في صحبته.

(١) في (أ): لا يسأل إذا كان. (٢) في (ج): العدل. (٣) في (هـ): ونسبته.

وتَعديلُ الخصمِ لا يَصِحُّ.

فإذا عَرَفهم.. فمَن عَرَفه بالعَدالة يَكتُب تحت اسمِه في كِتاب القاضِي: إنه عدلٌ جائزُ الشَّهادةِ، ومَن عَرَفه بالفِسق: يَسكُت، ولا يَكتُب؛ احترازًا عن الهَتك، ويقولُ: اللهُ أعلمُ، إلا إذا عَدَّله غيرُه، وخاف أن يَحكُمَ القاضِي بشَهادته، فحينَئذٍ يُصرِّح به، ومن لم يَعرِف حالَه يَكتُب تحت اسمِه: إنه مَستورٌ.

ويَرُدُّ الْمُعدِّلُ الْمَستورةَ سِرًّا؛ كي لا يَظهَرَ فيُؤذَى.

ولا بُدَّ في التَّعديل في العَلانِيَة من أن يَجمَعَ بين الشّاهدِ والْمُعدِّلِ؛ لتَنتفِيَ شُبهةُ تَعديلِ غيرِه عن القاضِي؛ لاحتِمال أن يكونَ في قَبيلته[1] من يُوافِقُه في الاسم.

وقد كانَت العَلانِيَةُ وحدها في الصَّدر الأوَّلِ؛ لأن الشَّوكةَ كانَت لأهل الخيرِ، ولم يَقدِر عليهم أهلُ الشَّرِّ، ويُكتفى بالسِّرِّ في زَمانِنا، وقال محمدٌ: تَزكِيةُ العَلانِيَةِ بَلاءٌ وفِتنةٌ.

ولا بُدَّ أن يقولَ الْمُعدِّلُ: هو عدلٌ جائزُ الشَّهادةِ؛ لأن العبدَ والْمَحدودَ في قذفٍ إذا تاب يكونُ عدلًا، والأصحُّ أنه يُكتفى بقَوله: هو عدلٌ.

(وتَعديلُ الخصمِ) يَعني: تَعديلُ الْمُدَّعى عليه الشُّهودَ (لا يَصِحُّ) هكذا قال أبو حنيفة، ومُرادُه: على قَول مَن يَرى السُّؤالَ عن الشُّهود، وأما على قَوله: فلا يَتأتَّى ذلك؛ لأنه لا يَرى السُّؤالَ عنهم، ونَظيرُه

(1) في سوى (أ): في قبيلة.

والواحِدُ يَكفي للتَّزكِية، والرِّسالةِ، والتَّرجَمةِ.

الْمُزارَعةُ، فإنه لا يَراها، ومع ذلك فَرَّع عليها فُروعًا على قَول من يَرى.

وإنما لا يَصِحُّ تَعديلُه: لأنَّ من زعْمِ الْمُدَّعي وشُهودِهِ أن الْمُدَّعَى عليه ظالِمٌ كاذِبٌ في الجُحود، فتَزكِيةُ الكاذِبِ الفاسِقِ لا تَصِحُّ.

وعن أبي يوسف ومحمد: أن تَزكِيتَه تجوزُ إذا كان من أهله، بأن كان عدلًا، لكن عند محمدٍ: لا بُدَّ من ضمِّ آخرَ إليه؛ لأنه لا يجوزُ تَعديلُ الواحِدِ، وأبو يوسف يُجوِّزه.

والْمُرادُ به فيما إذا قال: هم عُدولٌ، لكنهم أخطَؤوا أو نَسُوا، أما إذا قال[1]: صَدَقوا، أو[2]: هم عُدولٌ صَدَقةٌ: فقد لَزِمه الحقُّ؛ لإقراره به، ولو قال: هم عُدولٌ، ولم يَزِد على ذلك: لا يَلزَمه شيءٌ؛ لأنهم مع كونِهم عُدولًا يُتوهَّم منهم النِّسيانُ والخطَأُ، فلا يَلزَم من كَونه عدلًا أن يكونَ كَلامُه صَوابًا.

(والواحِدُ يَكفي للتَّزكِية) أي لتَزكِية الشّاهِدِ (والرِّسالةِ) أرادَ بها رَسولَ القاضِي إلى الْمُزكّي (والتَّرجَمةِ) أرادَ بها الْمُترجِمَ عن الشُّهود؛ لأنها خبَرٌ، وليست بشَهادةٍ حَقيقةً، ولهذا لا يُشترَط لَفظةُ الشَّهادةِ، فإذن تجوزُ تزكِيةُ العبدِ، والْمَرأةِ، والأعمى، والْمَحدودِ في القَذف إذا تاب، وكذلك يجوزُ كونُ واحِدٍ من هؤلاء رَسولًا أو مُترجِمًا.

وفي «الْمُحيط»: أجازَ تَزكِيةَ الصَّبيِّ، وكذا تَزكِيةَ مَن لا تُقبَلُ شَهادتُه

(١) في (ج) و(د) و(هـ): قالوا. (٢) في (ب) و(ج) و(هـ): و.

وله أن يَشهَدَ بما سَمِع أو رَأى، كالبَيع، والإقرارِ، وحُكمِ الحاكِمِ، والغصبِ، والقتلِ، وإن لم يُشْهَد عليه.

له، كتَزكِية أحدِ الزَّوجَين للآخَر، وتَزكِيةِ الوالِدِ لوَلَده، وبالعَكس.

وقال محمدٌ: يُشترَط في التَّزكِية ما يُشترَط في الشَّهادة من العَدَد ووصفِ الذُّكورةِ، حتى يُشترَطُ في تَزكِية شُهودِ الزِّنى أربَعةُ ذُكورٍ، وفي غَيره من الحُدود والقِصاصِ: رَجُلان، وفي غَيرهما من الحُقوق: يجوزُ رَجُلان أو رجلٌ وامرَأتان، وفيما لا يَطَّلِع عليه الرِّجالُ: امرَأةٌ واحِدةٌ.

رَتَّبها على مَراتِب الشَّهادةِ: لأنها كالشَّهادة.

وبه قالَت الثَّلاثةُ إلا رِوايةً عن أحمدَ.

وقالُوا: يُشترَط الذُّكورةُ وعدَدُ الشَّهادةِ في تَزكِية شُهودِ الحدِّ بالإجماع، والأحوَطُ في الكلِّ اثنان.

وهذا كلُّه في تَزكِية السِّرِّ، وأما في تَزكِية العَلانِيَة: فيُشترَط فيها جَميعُ ما يُشترَط في الشَّهادة من الحُرِّيَة والبصَرِ وغيرِ ذلك، سِوى لفظِ الشَّهادةِ بالإجماع؛ لأن مَعنى الشَّهادةِ فيها أظهَرُ، فإنها تَختصُّ بمَجلِس القَضاءِ.

(وله) أي وللإنسان (أن يَشهَدَ بما سَمِع) من الأقوال (أو رَأى) من الأفعال (كالبَيع، والإقرارِ، وحُكمِ الحاكِمِ، والغصبِ، والقتلِ، وإن لم يُشْهَد) أي وإن لم يُشهِده[1] أحدٌ من أَصحاب تلك العُقودِ والحُقوقِ والحاكِمِ (عليه) أي على ما صَدَر من القَول أو الفِعلِ، بل يَجِبُ عليه

---

(١) في (أ): لم يشهد.

ولا يَشهَدُ على شَهادة غيرِه ما لم يُشهَد عليه.

إذا دُعِي إليه؛ لأنه عَلِم ما هو المُوجِبُ بنَفسه، وهو الشَّرطُ؛ لقَوله تعالى: ﴿إِلَّا مَن شَهِدَ بِٱلْحَقِّ وَهُمْ يَعْلَمُونَ﴾ [الزخرف: ٨٦].

ويقولُ: أشهَدُ أنه باع، أو أقَرَّ، أو حَكَم، أو غَصَب، أو قَتَل، لأنه عايَن السَّبَب، فوَجَب عليه الشَّهادةُ به، ولا يقولُ: (أشهَدني) إلا إذا أشهَده؛ كي لا يكونَ كاذِبًا.

ولو سَمِع من وَراء الحِجابِ إقرارَ شخصٍ: لا يَسَعه أن يَشهَدَ؛ لاحتِمال أن يكونَ غيرَه؛ إذ النَّغمةُ تُشبِه النَّغمةَ، إلا إذا كان في الدّاخِل وحدَه، ودَخَل الشّاهدُ، وعَلِم أنه ليس فيه غيرُه، ثم جَلَس على المَسلَك، وليس له مَسلَكٌ غيرُه، فيَسمَعُ إقرارَ الدّاخلِ، ولا يَراه؛ لأنه يَحصُل به العِلمُ.

ويَنبَغي للقاضِي إذا فُسِّر له أن لا يَقبَلَه؛ ألا تَرى أن الشَّهادةَ بالتَّسامُع تجوزُ في أشياءَ، ثم عند التَّفسيرِ لا تُقبَل.

وقالُوا: إذا سَمِع صوتَ امرَأةٍ من وَراء الحِجابِ لا يجوزُ أن يَشهَدَ عليها، إلا إذا كان يَرى شَخصَها وقتَ الإقرارِ، وفي «النَّوازِل» شَرَط رُؤيةَ شخصِها دون وجهِها.

(**ولا يَشهَدُ على شَهادة غيرِه ما لم يُشهَد عليه**) أي ما لم يَقُل له الشّاهِدُ: (اشهَد على شَهادتي)؛ لأن الشَّهادةَ ليست مُوجِبةً بنَفسها، وإنما تَصيرُ مُوجِبةً بعد النَّقلِ إلى مَجلِس القَضاءِ، فيُشترَط فيها التَّحمُّلُ، ولم

ولا يَعمَل شاهِدٌ وقاضٍ وراوٍ بالخطِّ، إن لم يَتذكَّروا.

يُوجَد، فلا يجوزُ، وكذا إذا سَمِعه يُشهِد غيرَه على شَهادته لا يَسَع له أن يَشهَدَ؛ لأنه لم يُحمِّله، وإنما حَمَّل غيرَه.

(ولا يَعمَل شاهِدٌ) أي لا يَشهَد شاهِدٌ بخطِّه إذا رَآه في الكِتاب حتى يَتذكَّرَ الشَّهادةَ (و) لا (قاضٍ) كذلك إذا وَجَد في دِيوانه مَكتوبًا شَهادةَ شُهودٍ، ولا يَحفَظ أنهم شَهِدوا بذلك، أو في قَضِيّةٍ قَضاها أن يَحكُمَ بتلك الشَّهادةِ حتى يَتذكَّرَ القَضِيّةَ (و) لا (راوٍ) الحَديثِ كذلك إذا وَجَد مَكتوبًا بخطِّه أو بخطِّ غيرِه، وهو مَعروفٌ أنه قَرَأه على فُلانٍ ونحوِه: أن يَرويَ حتى يَتذكَّرَ الرِّوايةَ..

وقولُه: (بالخطِّ) يَرجِع إلى الكلِّ كما ذكَرْنا (إن لم يَتذكَّروا) أي هؤلاء، أي الشّاهِدُ إن لم يَتذكَّر الشَّهادةَ، والقاضِي إن لم يَتذكَّر القَضِيّةَ، والرّاوِي إن لم يَتذكَّر الرِّوايةَ، وهذا كلُّه قولُ أبي حنيفة؛ لقَوله عَلَيْهِ الصَّلَاةُ وَالسَّلَامُ: «إذا عَلِمتَ مِثلَ الشَّمسِ فاشهَد»[1]، شَرَط أن يكونَ عالِمًا، ولا يُتصوَّر العِلمُ بدون تَذكُّرِ الواقِعةِ، ولأن الخطَّ يُشبِه الخطَّ، فلا يَلزَم حُجّةً؛ لأنه يَحتمِل التَّزويرَ.

وقال محمدٌ: يجوزُ لكلِّ واحِدٍ منهم أن يَعمَلَ بالكِتاب إن تَيقَّن به، وإن لم يَتذكَّر الواقِعةَ؛ تَوسِعةً للأمر على النّاس.

وقال أبو يوسف: يجوزُ للرّاوي أن يَعمَلَ به؛ لدَلالة الظّاهرِ، وكذا

---

(١) تقدم تخريجه.

ولا يَشهَد بما لم يُعايِنه، إلا النَّسَبَ، والموتَ، والنِّكاحَ، والدُّخولَ، ووِلايةَ القاضِي، وأصلَ الوقفِ، ....

للقاضِي أن يَحكُمَ بالشَّهادة وأن يُمضِيَ القَضاءَ بذلك، وليس للشّاهِد أن يَشهَدَ برُؤية خطِّه ما لم يَتذكَّر الشَّهادةَ[1]، بخلاف القاضي؛ لأن سِجِلَّه في قِمَطْره[2]، وهو في يَده تحت خَتْمِه، فيُؤمَنُ من التَّبديل والتَّزويرِ، وكِتابةُ الرُّواةِ بأيدِيهم، فيُؤمَنُ من التَّزوير، بخِلاف كِتابةِ الشُّهودِ؛ لأن الصَّكَّ يكونُ في أيدِي الخُصومِ، فلا يُؤمَنُ من التَّبديل.

(ولا يَشهَد) أحدٌ (بما لم يُعايِنه) بالإجماع (إلا النَّسَبَ) بأن فُلانًا ابنُ فُلانٍ أو أخُوه (والموتَ) بأن فُلانًا قد مات (والنِّكاحَ) بأن فُلانًا تَزوَّج بفُلانةٍ (والدُّخولَ) بأن فُلانًا تَزوَّج بفُلانةٍ ودَخَل بها (ووِلايةَ القاضِي) بأن فُلانًا قد تَولّى القَضاءَ من جِهة فُلانٍ الإمامِ (وأصلَ الوقفِ) بأن فُلانًا وَقَف هذه الضَّيعةَ مثلًا[3].

---

(١) قوله: بخلاف القاضي.. مثبت من (ح) فقط. وانظر «التبيين» ٤/ ٢١٤.

(٢) القمطر: ما يصان فيه الكتب. «المصباح» ٢/ ٥١٦.

(٣) لأن الأسباب يقترن بها ما تشتهر به، فإن النسب يشتهر بالتهنئة، ونسبةِ كل واحد إلى الآخر عند المخاطبات والمناداة، والموت: بالتعزية وقسمة التركات واندراس الآثار، والنكاح: بالشهود والولائم، والدخول: بتعلق أحكام مشهورة من المهر والنسب والعدة وثبوت الإحصان، والقضاء: بقراءة المنشور واختلاف الخصوم إليه وازدحامهم عليه، فنزلت الشهرة فيها منزلة العيان، فلا يشترط فيها المشاهدة. بخلاف البيع، والهبة، والإجارة وأمثالها؛ لأنها لا تختص بمشاهدة أسبابها الخواص من الناس، بل يحضره الخاص والعام، وبه جرت العادة، ولأن الناس قاطبة مجمعون على أنهم يشهدون بهذه الأشياء بالشهرة. «التبيين» ٤/ ٢١٥.

....

واحترَز بقوله: (أصلَ الوقف) من شَرائِطه؛ لأن أصلَه هو الذي يَشتهِر دون شَرائطِه، فلا يُقبَلُ فيها بالتَّسامُع.

وذَكَر الْمَرْغينانيُّ أنه لا بُدَّ من بَيان الجِهةِ، بأن يَشهَدوا أنه وَقَف على هذا الْمَسجدِ أو الفَقيرِ أو ما أَشبَهه، حتى لو لم يَذكُروا في شَهادتهم الجِهةَ لا تُقبَل شَهادتُهم.

ثم الشّاهدُ بهذه الأشياءِ إنما تجوزُ شَهادتُه إذا حَصَل له العِلمُ بها، إما بالتَّواتُر، أو بإخبار رَجُلين، أو رجلٍ وامرَأتَين، أو بإخبار من يَثِق به، وقِيل: في الْمَوت يُكتفى بإخبار واحِدٍ عدلٍ أو واحِدةٍ؛ لأنه قد يَتحقَّق في مَوضِعٍ ليس فيه إلا واحِدٌ، بخِلاف غيرِه.

وعند الثَّلاثةِ: لا بُدَّ من عَدلَين، والقِياسُ أن لا يجوزَ؛ لأنها بلا عِلمٍ ولا مُشاهَدةٍ..

وجهُ الاستِحسانِ: أن هذه الأُمورَ تَختصُّ بمُعايَنة أسبابِها خَواصٌّ من النّاس، وتَتعلَّق بها أحكامٌ تَبقى على انقِضاء القُرونِ والأعصارِ، ولو لم يُقبَل فيها بالتَّسامُع أدّى إلى الحَرَج وتَعطيلِ الأحكامِ.

ثم إن التَّنصيصَ على الأشياء السِّتةِ[1] يَنفي اعتِبارَ التَّسامُعِ في غَيرها، وعن أبي يوسف: أنه يجوزُ[2] في الوَلاء أيضًا؛ اعتِبارًا بالنَّسَب.

---

(١) وهي النسب، والموت، والنكاح، والدخول، والقضاء، وأصل الوقف، مما تقدم في المتن.

(٢) في (هـ): أنه لا يجوز. وانظر «التبيين» ٤/ ٢١٦.

فله أن يَشهَدَ بها إذا أَخبَره بها من يَثِق به.

ومن في يَده شيءٌ سِوى الرَّقيقِ لك أن تَشهَدَ أنه له.

(فله) أي فللشاهِد (أن يَشهَدَ بها) أي بهذه الأشياءِ السِّتةِ (إذا أَخبَره بها) أي بهذه الأشياءِ (من يَثِق) الشّاهدُ (به) وهذا الذي ذَكَره القُدُوريُّ، واقتَصَر عليه الشَّيخُ، وقد ذكَرْناه الآنَ.

(ومن في يَده شيءٌ) أيُّ شيءٍ كان من النُّقود والعُروضِ والعَقارِ (سِوى الرَّقيقِ) ذكَرًا كان أو أُنثى (لك أن تَشهَدَ أنه) أي إن ذلك الشَّيءَ (له) أي لمن في يَده؛ لأن اليدَ بلا مُنازِعٍ أَقصى ما يُستدَلُّ به على المِلْك.

وعن أبي يوسف: أنه يُشترَطُ مع ذلك أن يَقَعَ في قَلبه أنه له؛ ليَحصُلَ له نوعُ عِلمٍ أو غَلَبةِ ظنٍّ، ولهذا قِيل: لو رَأى دُرّةً ثَمينةً في يدِ كَنّاسٍ، أو كِتابًا في يدِ جاهِلٍ، وليس في آبائِه من هو أهلٌ لذلك: لا يَسَعه أن يَشهَدَ له.

واشتَرَط الخَصّافُ التَّصرُّفَ مع اليدِ[1].

---

(١) والتصرف أيضًا يتنوع إلى أمانة وملك، وإنما يحل له ذلك إذا عاين الملك والمالك، أو عاين الملك وحده وعرف المالك بالاشتهار بنسبه، أما إذا عاين المالك وحده لا يحل له، وهذا بخلاف العبد والأمة؛ لأن الحر يستخدم كما يستخدم العبد كالأجير الخاص ونحوه، فلا تكون اليد دليلًا حتى يعلم أنه رقيق، فيجوز أن يشهد أنه له باليد؛ لأن الرقيق لا يكون في يد نفسه، وكذلك إن كانا صغيرين لا يعبران عن أنفسهما يجوز أن يشهد، وإن لم يعرف رِقَّهما؛ لأنه لا يد لهما بخلاف الكبيرين. «الاختيار» ٢/ ١٤٤.

....

ويه قال الشّافعيُّ وأحمدُ، قِيل: هو الْمُختارُ، وعن مالِكٍ: في مُدّةٍ يَسيرةٍ لا تُقبَل، لا طَويلةٍ، كعَشْر سِنينَ.

وشَرَط النَّسَفيُّ التَّصرُّفَ مع اليدِ، وأن يَقَعَ في قَلبه أنه له.

ثم الْمَسألةُ على أربَعة أوجُهٍ:

الأوَّلُ: أن يُعايِنَ المالِكَ، بأن عَرَفه باسمه ونسَبِه ووَجهِه، ويُعايِنَ الْمِلكَ، بأن عَرَفه بحُدوده، ورَآه في يَده بلا مُنازَعة أحدٍ، ثم رَآه في يَد غيرِه بعده: جاز له أن يَشهَدَ بالْمِلك للأوَّل إذا ادَّعاه؛ بِناءً على يَده.

والثّاني: أن يُعايِنَ الْمِلكَ بحُدوده، يُنسَب إلى فُلان بنِ فُلانٍ الفُلانيِّ، ولم يَعرِفه بوَجهه ونسَبِه، فجاء وادَّعى أن الْمَحدودَ مِلكُه: حلَّ له أن يَشهَدَ استِحسانًا؛ لأن المالِكَ يَصيرُ مَعلومًا بالتَّسامُع، والْمِلكُ بالْمُعايَنة، ولو لم يُسمَع مِثلُ هذا لضاعَت حُقوقُ النّاس؛ لأن فيهم الْمَحجوبَ، ولا يَبرُزُ أصلًا، ولا يُتصوَّرُ أن يَراه مُتصرِّفًا فيه.

فإن قُلتَ: هذا إثباتُ الْمِلك بالتَّسامُع.

قُلتُ: لا، إنما هو إثباتُ السَّبَب به، وفي ضِمنه إثباتُ الْمِلكِ به، وهو لا يَمتنِع، وإنما يَمتنِع إثباتُه قصدًا.

والثّالثُ: أن لا يُعايِنَهما جَميعًا، ولكن سَمِع من النّاس أنهم قالُوا: إنَّ لفُلان بنِ فُلانٍ ضَيعةً في بَلدةِ كذا، حُدودُها كذا، وهو لا يَعرِف تلك الضَّيعةَ، ولم يُعايِن يدَه عليها: لا يَحِلُّ له أن يَشهَدَ له بالْمِلك.

وإن فَسَّر للقاضِي أنه شَهِد بالتَّسامُع، أو بمُعايَنة اليدِ: لا تُقبَل.
ومَن شَهِد أنه حَضَر دفْنَ فُلانٍ، أو صَلّى على جِنازته: فهو مُعايَنةٌ،

والرّابعُ: أن يُعايِنَ المالِكَ دون الْمِلك: لا يَسَعه أن يَشهَدَ؛ لأنه لم يَحصُل له العِلمُ بالْمَحدود، وهو شرطٌ للشَّهادة.

وقولُه: (سِوى الرَّقيقِ) يَعني: لا يجوزُ له أن يَشهَدَ في الرَّقيق إذا رَآه في يَده أنه مِلكُه؛ لأن للرَّقيق يدًا على نَفسه، حتى إذا ادَّعى أنه حُرُّ الأصلِ كان القولُ قولَه، ولا يُمكِن أن يُعتبَرَ فيه التَّصرُّفُ -وهو الاستِخدامُ-؛ لأن الحُرَّ يُستخدَم أيضًا طائِعًا، كالعَبد.

وفي «الكافِي»: عن أبي يوسف ومحمدٍ: أنه يجوزُ له أن يَشهَدَ في الرَّقيق أيضًا، وفي «الهِداية»: جَعَل ذلك عن أبي حنيفة.

وفيه قَيدان أَخَلَّ بهما الشَّيخُ رَحِمهُ اللهُ تَعالى: الأوَّلُ: أن لا يكونَ الرَّقيقُ صَغيرًا؛ لأنه إذا كان صَغيرًا يجوزُ له أن يَشهَدَ لمن هو في يَده أنه مِلكُه، والثّاني: أن لا يُعرَفَ رِقُّه؛ لأنه إذا عُرِف رِقُّه جازَت الشَّهادةُ.

(وإن فَسَّر) الشّاهدُ (للقاضِي أنه شَهِد بالتَّسامُع) في مَوضِعٍ يجوزُ بالتَّسامُع (أو) فَسَّر للقاضِي أنه يَشهَدُ له بالْمِلك (بمُعايَنة اليدِ) يَعني: برُؤيته في يَده (لا تُقبَل) لأن القاضِيَ لا يَزيدُه عِلمًا بذلك، فلا يجوزُ له أن يَحكُمَ بها؛ ألا تَرى أنه لا يجوزُ له أن يَحكُمَ بسَماع نفسِه، ولو تَواتَر عنده، ولا برُؤية نفسِه في يَد إنسانٍ.

(ومَن شَهِد أنه حَضَر دفْنَ فُلانٍ، أو صَلّى على جِنازته: فهو مُعايَنةٌ)

حتى لو فَسَّر للقاضِي: قُبِل.

لِمَوت فُلانٍ (حتى لو فَسَّر) ذلك (للقاضِي: قُبِل) تَفسيرَه، فتُقبَل شَهادتُه؛ لأن ذلك يَزيدُ القاضِيَ عِلمًا، وهو لم يَشهَد إلا بما عَلِم، فوَجَب قَبولُها، والله أعلمُ.

﴿ باب مَن تُقبَل شَهادتُه ومَن لا تُقبَل ﴾

ولا تُقبَلُ شَهادةُ: الأعمى.

والمَملوكِ والصَّبيِّ، ....

هذا (باب)

في بَيانِ أحكامِ (مَن تُقبَل شَهادتُه ومَن لا تُقبَل) شَهادتُه

(ولا تُقبَلُ شَهادةُ الأعمى) وقال زفرُ: تُقبَل فيما جَرى فيه التَّسامُعُ، وهو رِوايةٌ عن أبي حنيفةَ، وبه قالَت الثَّلاثةُ؛ لأن الحاجةَ في هذه الشَّهادةِ إلى سَمعِه، وهو صَحيحٌ لا آفةَ به، وعن مالِكٍ: يجوزُ مُطلَقًا، كالبَصير.

وقال أبو يوسف: إذا تَحمَّلَ الشَّهادةَ في الدُّيون أو في العَقارِ فيما لا يُحتاجُ فيه إلى الإشارةِ إلى الْمُدَّعى، ثم ذَهَب بَصرُه، فشَهِد: قُبِلَت شَهادتُه، وبه قال الشّافعيُّ؛ لأنه حَصَل له العِلمُ بالعِيان وقتَ التَّحمُّلِ.

ولهما: أن الأداءَ يَفتقِرُ إلى التَّمييزِ بين الْمَشهودِ له والْمَشهودِ عليه، ولا تَمييزَ بينهما إلا بالنَّغمة، وفيه شُبهةٌ، فلا بُدَّ من الإشارة، وأنه يَتعذَّرُ فيه، فلا تُقبَل.

(و) لا تُقبَل أيضًا شَهادةُ (الْمَملوكِ والصَّبيِّ) لأن الشَّهادةَ من بابِ الوِلايةِ، ولا وِلايةَ لهما على أنفُسِهما، فأَولى أن لا يكونَ لهما الوِلايةُ على الغَير، وعن أحمدَ: تجوزُ شَهادةُ الْمَملوكِ، ....

إلا أن يَتحمَّلا في الرِّقِّ والصِّغَرِ، وأَدَّيا بعدَ الحُرِّيَّةِ والبُلوغِ.

وعن الخِرَقيِّ[1]: جُوِّزَ شَهادةُ العبدِ في كلِّ شيءٍ إلا في الحُدود[2].

وفي «الفَتاوى الصُّغرى»: شَهادةُ الصَّبيِّ فيما لا يَحضُره إلا الصِّبيانُ تُقبَل عند مالِكٍ، وكان شُرَيحٌ يَقبَلُ[3] شَهادةَ العَبدِ، وبه قال داوُدُ.

وقال البُخارِيُّ في «صَحيحِه»: وقال أنسٌ[4]: شَهادةُ العبدِ جائِزةٌ إذا كان عَدْلًا، وأجازَه شُرَيحٌ وزُرارَةُ بنُ أَوفى، وقال ابنُ سِيرينَ: شَهادتُه جائزةٌ إلا العبدَ لسَيِّده، وأجازَه الحسنُ وإبراهيمُ في الشَّيءِ التَّافِهِ[5]..

(إلا أن يَتحمَّلا) أي الْمَملوكُ والصَّبيُّ الشَّهادةَ (في الرِّقِّ) يَرجِعُ إلى الْمَملوكِ (والصِّغَرِ) يَرجِعُ إلى الصَّبيِّ (وأَدَّيا) الشَّهادةَ (بعدَ الحُرِّيَّةِ) في الْمَملوك (و) بعدَ (البُلوغِ) في الصَّبيِّ؛ لأنهما أهلٌ للتَّحمُّل.

---

(١) الخِرقي هذا هو الحنبلي، وليس الخَرَقي الحنفي، والمصنف نقل عن الأول في «البناية» في مواضع متعددة، وهو: أبو القاسم، عمر بن الحسين بن عبد الله، الخرقي، البغدادي، الفقيه الحنبلي الكبير، له تصانيف احترقت، وبقي منها «المختصر» في الفقه، يعرف بـ «مختصر» الخرقي، وهو معتمد عند الحنابلة ويكثرون التعويل عليه، توفي رَحِمَهُ اللهُ سنة (٣٣٤ هـ)، وانظر ترجمته في «طبقات الحنابلة» ٢/ ٧٥.

(٢) قال في «المغني» ١٠/ ١٧٥ وهو شرح للمختصر المذكور: وتجوز شهادة العبد في كل شيء، إلا في الحدود، وتجوز شهادة الأمة فيما تجوز فيه شهادة النساء.

(٣) في (ز) و(ح): وقال شريح تقبل.

(٤) في سوى (أ): وقال الحسن.

(٥) البخاري ٣/ ١٧٣.

والْمَحدودِ في قَذْفٍ، وإن تابَ، إلا أن يُحَدَّ الكافِرُ في قَذْفٍ ثم أَسلَم.

(و) لا تُقبَل أيضًا شَهادةُ (الْمَحدودِ في قَذْفٍ وإن تابَ) وقال الشّافعيُّ: تُقبَل شَهادتُه إذا تاب؛ لقَوله تَعالى: ﴿إِلَّا ٱلَّذِينَ تَابُوا۟﴾ [البقرة: ١٦٠]، وحُكمُ الْمُستَثنى بخِلاف الْمُستَثنى منه، وبه قال مالِكٌ وعُثمانُ البَتِّيُّ.

ولنا: قولُه تَعالى: ﴿وَلَا تَقْبَلُوا۟ لَهُمْ شَهَٰدَةً أَبَدًا﴾ [النور: ٤]، فيَتأبَّدُ الرَّدُّ، والْمُستَثنى صِفةُ الفِسقِ في قَوله تَعالى: ﴿وَأُو۟لَٰٓئِكَ هُمُ ٱلْفَٰسِقُونَ﴾، والواوُ فيه لِلاستِئنافِ لا العَطفِ، فيكونُ مُنقطِعًا عن الأوَّل، فيَنصرِفُ الاستِثناءُ إليه ضَرورةً.

فإن قِيل: كيفَ يَنصرِفُ الاستِثناءُ إلى ما يَليه، والأصلُ في الاستِثناءِ هو الْمَتَّصلُ، وهو أن يكونَ الْمُستَثنى من جِنس الْمُستَثنى منه، والتَّوبةُ ليست من جِنس الفِسقِ!

قُلنا: الاستِثناءُ من عُموم الأَحوالِ، كأنَّه قال -واللهُ أعلمُ-: وأولئكَ هم الفاسِقون في جَميعِ الأحوالِ، إلا في حال التَّوبةِ، فيكونُ الاستِثناءُ مُتَّصِلًا، أو نقولُ: الاستِثناءُ مُنقطِعٌ بمَعنى (لكن)، كقَوله تَعالى: ﴿فَإِنَّهُمْ عَدُوٌّ لِّىٓ إِلَّا رَبَّ ٱلْعَٰلَمِينَ﴾ [الشعراء: ٧٧]، فلا يَرِد السُّؤالُ..

(إلا أن يُحَدَّ الكافِرُ في قَذْفٍ، ثم أَسلَم) تُقبَلُ شَهادتُه بعد الإسلام؛ لأن هذه شَهادةٌ استَفادَها بعد الحدِّ بالإسلام، فلم يَلحَقها رَدٌّ[1]،

(١) لأن التي رُدّت غيرُ هذه، ألا ترى أن المردودة لا تُقبل على المسلم، وهذه تُقبل، فبرد الأولى لا ترتد الثانية. «التبيين» ٤/ ٢١٩.

والوَلدِ لأَبوَيه وجَدَّيه، وعكسُه[1].

بخِلاف العبدِ إذا حُدَّ ثم عَتَق؛ حيث لم تُقبَل شَهادتُه؛ لأنه لم تكن له شَهادةٌ على أحَدٍ وقتَ الجلدِ، فلم يَتِمَّ الرَّدُّ إلا بعد الإعتاقِ.

ولو ضُرِب الذِّمِّيُّ في حَدِّ القَذفِ سَوطًا، ثم أَسلَم، ثم ضُرِب الباقِي بعد الإسلامِ: تُقبَل شَهادتُه، وعن أبي حنيفةَ: إذا ضُرِب السَّوطَ الأخيرَ بعد الإسلامِ لا تُقبَل شَهادتُه، وعنه: إذا ضُرِب الأكثرَ بعد الإسلامِ لا تُقبَلُ شَهادتُه، وإن كانَ دون ذلك تُقبَل.

وفي «الْمَبسوط»: لا تَسقُطُ[2] شَهادةُ القاذِفِ ما لم يُضرَب تَمامَ الحَدِّ، ورُوِي عنه: أنها تَسقُط إذا أُقيمَ عليه الأكثرُ، ورُوِي عنه: إذا ضُرِب سَوطًا سَقَطت شَهادتُه.

(و) لا تُقبَل أيضًا شَهادةُ (الوَلدِ لأبوَيه) أي لأَبِيه وأُمِّه (وجَدَّيه) جَدِّه من جهة أبٍ وجَدِّه من جهة أُمٍّ (وعكسُه) أي وعكسُ الحُكمِ الْمَذكورِ، وهو شَهادةُ الأبَوَين والجَدَّين للوَلَد، وارتِفاعُ (عَكسُه) على أنه مُبتدَأٌ مَحذوفٌ خبَرُه، أي[3] عكسُ الحُكمِ الْمَذكورِ كالحُكمِ الْمَذكورِ؛ لقَوله عَلَيْهِ الصَّلَاةُ وَالسَّلَامُ: «لا تُقبَلُ شَهادةُ الوَلدِ لوالِدِه، ولا الوالِدِ لوَلدِه، ولا الْمَرأةِ لزَوجِها، ولا الزَّوجِ لامرَأتِه، ولا العبدِ لسَيِّدِه، ولا الْمَولى لعَبدِه،

(١) ارتِفاعُ (عَكسُه) على أنه مُبتدَأٌ مَحذوفٌ خبَرُه، أي عكسُ الحُكمِ الْمَذكورِ كالحُكمِ الْمَذكورِ. «رمز».
(٢) في (ب) و(ج) و(د): لا تقبل، وفي حاشية (ج): لا تسقط. وانظر «التبيين» ٤/ ٢١٩.
(٣) في (ج) و(د) و(هـ): أو.

وأحَدِ الزَّوجَين للآخَر، والسَّيِّدِ لعَبدِه ومُكاتَبِه.

والشَّريكِ لشَريكِه فيما هو من شِرْكتهما.

والمُخَنَّثِ، والنَّائِحةِ، ....

ولا الأجيرِ لمن استأجرَه»(١)، ولو قال: والفَرعِ لأصلِه وبالعَكسِ، أو: (الولَدِ لآبائِه وأُمَّهاتِه): كان أولى وأعمَّ، فافهَم.

(و) لا تُقبَلُ أيضًا شَهادةُ (**أحَدِ الزَّوجَين للآخَر**) وقال الشَّافعيُّ: تُقبَل؛ لأنه عَدلٌ شَهِدَ للغَير، ولنا: ما رَوَينا.

(و) لا شَهادةُ (**السَّيِّدِ لعَبدِه**) لما رَوَينا، سواءٌ كان على العَبد دَينٌ أو لم يَكُن (و) لا شَهادةُ السَّيِّدِ أيضًا لأجلِ (**مُكاتَبِه**، و) لا شَهادةُ (**الشَّريكِ لشَريكِه فيما هو من شِرْكتهما**) لأنه شَهادةٌ لنَفسِه من وجهٍ، ولو شَهِد له فيما ليس من شِرْكتهما تُقبَل؛ لانتِفاءِ التُّهَمةِ.

(و) لا تُقبَلُ أيضًا شَهادةُ (**المُخَنَّثِ**) وهو الذي يَتشبَّه بالنِّساء ويُؤتى؛ لأنه فاسِقٌ، وأما الذي في كَلامِه لِينٌ، وفي أعضائِه تَكسُّرٌ خِلقةً، ولم يَشتهِر بشَيءٍ من الأفعالِ الرَّديئةِ: فهو عَدلٌ مَقبولُ الشَّهادةِ.

(و) لا شَهادةُ (**النَّائِحةِ**) التي تَنوحُ في مُصيبةِ غيرِها؛ لأنها تَرتكِبُ المَحظوراتِ لأجل الطَّمَعِ في المال، وتَجعَلُه مَكسَبةً، أما التي تَنوحُ

---

(١) قال في «التعريف والإخبار» ٢/ ٢٥٥: أخرجه الخصاف في كتاب «أدب القاضي»، وقال في «نصب الراية» ٤/ ٨٢: غريب، وهو في «مصنف» ابن أبي شيبة (٢٢٨٥٩) وعبد الرزاق (١٥٤٧٤) من قول شُريح.
وذكر في «البناية» ٩/ ١٣٩ سند الخصاف للحديث، فانظره.

والْمُغَنِّيةِ، والعَدُوّ إذا كانَت العَداوةُ دُنيوِيّةً، ومُدمِنِ الشُّربِ على اللَّهو،

في مُصيبتِها: فلا تَسقُط عَدالتُها، كذا في «الذَّخيرة»[1].

(و) لا شَهادةُ (الْمُغَنِّيةِ) لارتِكابِها الْمُحرَّمَ، وإنما أطلَق في حَقِّها ولم يَقُل: تُغنِّي للنّاس، وقَيَّده به في حَقِّه: لأن نفسَ رَفعِ الصَّوتِ حَرامٌ في حَقِّها، بخلافِ الرَّجُل؛ فإنه لا يَمنَعُ شَهادتَه حتى يَجتمِعَ[2] النّاسُ به؛ لأنه حينَئذٍ يَجمَعُهم على ارتِكابِ كَبيرةٍ.

وفي «الأجنَاسِ»: لا تُقبَلُ شَهادةُ أصحابِ الْمَعصيةِ، وقُطّاعِ الطَّريقِ، وأصحابِ الفُجورِ بالنِّساء، ومَن يَعمَلُ عَملَ قومِ لوطٍ، ومَن يَقعُدُ مع الغِناءِ، والنّائحةِ، والنّائحِ، والْمُغَنِّي، والْمُغنِّيةِ.. لا تُقبَلُ شَهادةُ هؤلاء.

(و) لا شَهادةُ (العَدُوّ) لعَدوِّه[3] (إذا كانَت العَداوةُ دُنيوِيّةً) لأن الْمُعاداةَ لأجلِ الدُّنيا حَرامٌ، فمن ارتَكَبها لا يُؤمَنُ من التَّقوُّل عليه، وأما إذا كانَت دِينيّةً: فتُقبَلُ؛ لأنها مِن التَّديُّن.

(و) لا شَهادةُ (مُدمِنِ الشُّربِ) أي مُداوِمِ شُربِ الخَمرِ (على اللَّهو) لأنه مُرتكِبُ مُحرَّمِ دِينِه، وفي «الكَافِي»: إنَّما شُرِط الإدمَانُ ليَكونَ ذلك ظاهرًا منه، فإنَّ مَن شَرِب الخمرَ سِرًّا ولا يَظهَرُ ذلك منه: لا يَخرُج عن أن يَكونَ

---

(١) قال في «الدر المختار» بعد نقل كلام المصنف هنا: وعلله الواني بزيادة اضطرارها، وانسلاب صبرها واختيارها، فكان كالشرب للتداوي. قال في «رد المحتار» ٥/ ٤٨٠: قوله: (واختيارها) مقتضاه لو فعلته عن اختيارها لا تقبل.

(٢) في (د) و(هـ): يجمع.

(٣) كذا في الأصول، وفي حاشية (ج): (ينبغي على عدوه). وهو الصواب.

ومَن يَلعَبُ بالطُّيور، ....

عَدلًا وإن شربها كَثيرًا، وإنما تَسقُط عَدالتُه إذا كانَ ذلك يَظهَرُ منه، أو يَخرُجُ سَكرانَ فيَلعَبُ به الصِّبيانُ؛ فإنه لا مُروءةَ لِمِثله، ولا يَتحرَّزُ عن الكَذِب عادةً.

وفي «فَتاوى» قاضِي خانَ: لا تُقبَل شَهادةُ مُدمِنِ الخَمرِ، ولا مُدمِنِ السُّكْرِ؛ لأنه كَبيرةٌ، وفي «الذَّخيرة»: لا تجوزُ شَهادةُ مُدمِنِ الخمرِ، ثم قال: شَرَط الإدمانَ، ولم يُرِد به الإدمانَ في الشُّرب، وإنّما أرادَ به الإدمانَ في النِّيّة، يَعني: يَشرَب ومِن نِيّته أن يَشربَ بعد ذلك إذا وَجَده.

ولا تجوزُ شَهادةُ مُدمِنِ السُّكرِ، وأرادَ به السُّكرَ بسائِر الأشرِبةِ سِوى الخَمرِ؛ لأن الْمُحرَّمَ في سائِر الأشرِبةِ السُّكرُ بشَرطِ[1] الإدمانِ على السُّكرِ، والْمُحرَّمُ في الخَمر نفسُ الشُّربِ، فشَرَط الإدمانَ على الشُّرب.

وقال النّاصِحيُّ: لا تُقبَل شَهادةُ من يَجلِس مَجالِسَ الفُجورِ والْمَجانَةِ على الشُّرب، وإن لم يَسكَر؛ لأن اختِلاطَه بهم وترْكَه الأمرَ بالْمَعروف: يُوجِب سُقوطَ عَدالتِه، وإن لم يَكن نَفسُ الجُلوسِ فِسقًا، فلا تُقبَل شَهادتُه .

(و) لا شَهادةُ (مَن يَلعَبُ بالطُّيور) لأنه يُورِث الغَفلةَ، والغالِبُ فيه أن يَصعَدَ إلى السُّطوح فيُطيِّرَ طَيرَه، فيَنظُرَ إلى عَوْراتِ النِّساءِ، وهو فِسقٌ.

---

(١) في (أ): فشرط.

أو يُغنّي للنّاس، أو يَرتكِبُ ما يُوجِب الحَدَّ، ....

ولو كان يَقتَني الحَمامَ في بَيته ليَستأنِسَ به ولا يُطيِّره: فلا بأسَ به؛ ألا تَرى أن النّاسَ يَتَّخِذون بُروجًا للحَمام من غَير نَكيرٍ، إلا إذا كانَت تَجُرُّ حَماماتٍ أُخَرَ مَملوكةً لغَيره، فتُفرِّخَ في وِكرها، فيَأكُلَ ويَبيعَ منه؛ لأنه مَملوكُ الغَير، فلا يَحِلُّ له ذلك، وتَسقُط عَدالتُه.

وفي بَعض النُّسَخ: ومَن يَلعَب بالطُّنبور؛ لأنه من اللَّهو، وهذا أظهَرُ؛ لقَوله: (أو يُغنِّي للنّاس) لأنه يَجمَع النّاسَ على لَهوٍ ولَعِبٍ، والْمُغنِّي يُسمِعُهم غِناءَه؛ لأنه لو كان لإسماع نفسِه حتى يُزيلَ الوَحشةَ عن نَفسِه من غَير أن يُسمِعَ غيرَه: لا بأسَ به، ولا تَسقُط عَدالتُه في الصَّحيح.

وإن أنشَد شِعرًا فيه وَعظٌ وحِكمةٌ فهو جائِزٌ بالاتِّفاق، وإن كان فيه ذِكرُ امرَأةٍ مُعيَّنةٍ: فإن كانَت مَيْتةً، أو كان فيه ذِكرُ امرَأةٍ غيرِ مُعيَّنةٍ: فلا بأسَ به، وإن كانَت مُعيَّنةً وهي حَيّةٌ: يُكرَه.

ومن الْمَشايِخ من أجازَ الغِناءَ في العُرْس؛ ألا تَرى أنه لا بأسَ بضَرْب الدُّفِّ فيه إعلانًا للنِّكاح، ومنهم من قال: إذا كان يَتغنّى ليَستفيدَ به نَظْمَ القَوافي[1] ويَصيرَ به فَصيحَ اللِّسانِ: لا بأسَ به، ومنهم من كَرِهه مُطلَقًا، ومنهم من أباحه مُطلَقًا.

(**أو يَرتكِبُ ما يُوجِب الحَدَّ**) لأنه من الكَبائِر، ومن يَرتكِبها لا يُبالي بالكَذِب.

---

(١) كذا في (أ) و«التبيين» ٤/ ٢٢٢، وفي (هـ): الفوائد، وفي الباقي: الفرائد.

أو يَدخُلُ الحَمّامَ بلا إزارٍ، أو يَأكلُ الرِّبا، ....

ودَلَّ كَلامُه أن ما يَجِب فيه الحَدُّ هو الكَبيرةُ، واختَلَفوا فيها، قال أهلُ الحِجازِ وأهلُ الحَديثِ: هي السَّبعُ الْمَذكورةُ في الحَديث الْمَشهورِ[1]، وهي: الإشراكُ بالله، والفِرارُ من الزَّحف، وعُقوقُ الوالِدَين، وقَتلُ النَّفسِ، وبَهتُ[2] الْمُؤمِنِ، والزِّنى، وشُربُ الخَمرِ، وزاد بعضُهم عليها: أكلَ الرِّبا، وأكلَ مالِ اليَتيمِ بغَير حَقٍّ.

وقِيل: ما ثَبَت حُرمتُه بدَليلٍ مَقطوعٍ به فهو كَبيرةٌ، وقِيل: ما فيه حدٌّ أو قَتلٌ فهو كَبيرةٌ، وقِيل: كلُّ ما أَصَرَّ عليه المرءُ فهو كَبيرةٌ، وما استَغفَر عنه فهو صَغيرةٌ.

والأوجَهُ ما ذَكَره الْمُتكلِّمون: أن كلَّ ذَنبٍ فوقه ذنبٌ وتحته ذنبٌ فهو بالنِّسبة إلى ما فوقه صَغيرةٌ، وإلى ما تحته كَبيرةٌ؛ لأن الأشياءَ الإضافيَّةَ لا تُعرَف إلا بالإضافة.

والأصحُّ ما نُقِل عن شَمس الأئِمّةِ الحَلْوانيِّ أنه قال: ما كان شَنيعًا بين الْمُسلِمينَ، وفيه هَتكُ حُرمةِ اللهِ والدِّينِ: فهو من جُملةِ الكَبائرِ.

(أو يَدخُلُ الحَمّامَ بلا إزارٍ) لأن كشفَ العَورةِ حَرامٌ.

(أو يَأكلُ الرِّبا) لأنه من الكَبائِر، وشَرَط في «الأصل» أن يكونَ مَشهورًا

---

(١) حديث «اجتنبوا السبع الموبقات...» رواه البخاري (٢٧٦٦)، ومسلم (٨٩)، أما الكبائر التي ذكرها المصنف بعد هذا فليس كلها في هذا الحديث وإنما في روايات له في الصحيحين وغيرهما.

(٢) في (ب) و(ج) و(د): ونهب.

أو يُقامِرُ بالنَّردِ أو الشَّطرَنجِ، أو تَفوتُه الصَّلاةُ بسَبَبِهما، ....

به، وذلك بالإدمان؛ لأنه لا يُمكِنُ التَّحرُّزُ عن العُقود الفاسِدةِ، وهو رِبًا، بخِلاف أكلِ مالِ اليَتيمِ؛ حيث لا يُشتَرطُ فيه الإدمانُ؛ لأن التَّحرُّزَ عنه مُمكِنٌ.

(أو يُقامِرُ بالنَّردِ[1] أو الشَّطرَنجِ، أو تَفوتُه الصَّلاةُ بسَبَبِهما) أي بسَبَب النَّردِ والشَّطرَنجِ؛ لأن كلَّ ذلك فِسقٌ، وكذا إذا كان يُكثِرُ عليهما الحَلِفَ.

وقالُوا في النَّرد: تُرَدُّ شَهادتُه بمُجرَّد اللَّعِب فيه من غَير اشتِراطِ القِمارِ ولا غيرِه؛ لأن نفسَ اللَّعِب فيه فِسقٌ، وقال عَلَيهِ الصَّلَاةُ وَالسَّلَامُ: «مَلعونٌ مَن يَلعَبُ بالنَّرد»[2]، ومَن يكونُ مَلعونًا لم يَكن عَدْلًا.

---

(١) النرد: لعبة ذات صندوق وحجارة وفصين، تعتمد على الحظ، وتنقل فيها الحجارة على حسب ما يأتي به الفص (الزهر) وتعرف عند العامة بـ (الطاولة)، يقال: لعب بالنرد. «المعجم الوسيط» ٢/ ٩١٢.

(٢) لم أقف عليه هكذا، وروى الديلمي في «الفردوس» (٦٣٩١) عن أنس مرفوعًا: «مَلْعُونٌ من لعب بالشطرنج». قال النووي: لا يصح، قال في «المقاصد»: وهو كذلك، بل لم يثبت من المرفوع في هذا الباب شيء، كما بينته في «عمدة المحتج»، وقال القاري: قلت: قد ورد ملعون من لعب الشطرنج، والناظر إليها كالآكل لحم الخنزير: رواه السيوطي في «الجامع الصغير» مرسلًا، وغايته أن سنده ضعيف، يتقوى بأحاديث وردت في ذم الشطرنج. انتهى. من «كشف الخفا» ٢/ ٢٧٦.
وورد في ذم اللعب بالنرد ما رواه مسلم (٢٢٦٠): «من لعب بالنردشير فكأنما صبغ يده في لحم خنزير ودمه». وما رواه الإمام مالك ٢/ ٩٥٢ والإمام أحمد (١٩٥٢٢) وأبو داود (٤٩٣٨) وابن ماجه (٣٧٦٢): «من لعب بالنرد فقد عصى الله ورسوله». وما رواه الإمام أحمد (٢٣١٣٨): «مثل الذي يلعب بالنرد ثم يقوم فيصلي مثل =

أو يَبولُ أو يَأكُلُ على الطَّريق، أو يُظهِرُ سَبَّ السَّلَف.

وتُقبَلُ لأخِيه، وعَمِّه، وأبَوَيه رَضاعًا، وأُمِّ امرَأتِه، وبِنتِها، وزَوجِ بِنتِه، وامرَأةِ أبِيه.

بخِلاف الشَّطرَنجِ؛ لأن للاجتِهاد فيه مَساغًا، فلا تُرَدُّ شَهادتُه ما لم يَنضَمَّ إليه أحَدُ المَعاني الثَّلاثةِ التي ذَكَرْناها الآنَ[1].

(أو يَبولُ) على الطَّريق (أو يَأكُلُ على الطَّريق) لأنه يَدُلُّ على قِلّة الحَياءِ (أو يُظهِرُ سَبَّ السَّلَف) الصالِحينَ، وهم الصَّحابةُ والتّابِعونَ والعُلَماءُ، كأبي حنيفة وأصحابِه؛ لأنه يَدُلُّ على قِلّة مُروءتِه وقُصورِ عَقلِه، بخِلافِ ما إذا كان يُخفي السَّبَّ؛ لأنه فاسِقٌ مَستورٌ.

(وتُقبَلُ) الشَّهادةُ (لأخِيه وعَمِّه) لعَدَم التُّهَمةِ، وهذا بالإجماع، إلا عندَ مالِكٍ لو كانا في عِيالِه لا تُقبَلُ، وعنه: لو يَصِلُ إليهما كَثيرًا لا تُقبَلُ (و) كذا تُقبَلُ لأجل (أبَوَيه رَضاعًا) أي من جِهةِ الرَّضاعِ (و) كذا لأجل (أُمِّ امرَأتِه، و) لأجل (بِنتِها) أي بِنتِ امرَأتِه (و) لأجل (زَوجِ بِنتِه، و) لأجل (امرَأةِ أبِيه) وابنِه؛ لأن الأملاكَ بينهم مُتميِّزةٌ، والأيديَ مُتحيِّزةٌ، فلا تَتحقَّقُ التُّهَمةُ، بخِلاف شَهادتِه لقَرابتِه وِلادًا، وأحَدِ الزَّوجَين للآخَر، على ما بَيَّنّا.

= الذي يتوضأ بالقيح ودم الخنزير ثم يقوم فيصلي». وما رواه ابن أبي شيبة (٢٦١٤٨) عن فرد بن معمر بن يزيد قال: سألت عائشة عن النردشير، قالت: قبح الله النردشير وقبح من لعب بها.

(١) وهي تفويت الصلاة، والقمار به، وكثرة الحلف عليه.

وأهلِ الأهواءِ، ....

(و) كذا تُقبَلُ شَهادةُ (أهلِ الأهواءِ) لأنهم فَسَقةٌ من حيثُ الاعتِقادُ، إلا أن الحامِلَ لهم على ذلك إنما هو التَّديُّنُ به، وذلك مانِعٌ من ارتِكاب الكَذِب، وعند مالِكٍ والشّافعيِّ في قولٍ: لا تُقبَلُ، وعند أحمدَ: لا تُقبَلُ لثَلاثةٍ: قَدَرِيّةٍ، وجَهْميّةٍ، ورَفَضَةٍ[١].

وشَرَط في «الذَّخيرة» لقَبولِ شَهادتِهم أن يَكونَ هَوًى لا يُكفَرُ به صاحِبُه، وفي «النِّهاية»: إن أُصولَ أهلِ الأهواءِ سِتّةٌ: الجَبرُ، والقَدَرُ، والرَّفْضُ، والخُروجُ، والتَّشبيهُ، والتَّعطيلُ[٢]، ثم كلُّ واحِدٍ يَصيرُ اثنَي عشَرَ فِرقةً.

وفي «الغاية»: أرادَ بأهل الأهواءِ أصحابَ البِدَع، كالخارِجيِّ، والرّافِضيِّ، والجَبريِّ، والقَدَريِّ، والمُشَبِّهِ، والمُعَطِّلِ، وسُمِّي أهلُ البِدَع أهلَ الأهواءِ؛ لِمَيَلانهم إلى مَحبوبِ نُفوسِهم بلا دَليلٍ شَرعيٍّ أو عَقليٍّ.

والهَوى: مَحبوبُ النَّفْس، مِن هَوِيَ الشَّيءَ: إذا أَحَبَّه.

---

(١) الرافضي: منسوب إلى الرافضة، وهم فرقة من شيعة الكوفة كانوا مع زيد بن علي رَحِمَهُ اللهُ، وهو ممن يقول بجواز إمامة المفضول مع قيام الأفضل، فلما سمعوا منه هذه المقالة وعرفوا أنه لا يبرأ من الشيخين، رفضوه أي تركوه، فلقبوا بذلك، ثم لزم هذا اللقب كل من غلا في مذهبه، واستجاز الطعن في الصحابة رَضِيَ اللهُ عَنْهُم.
والجهمي: من يقول بفناء الجنة والنار، وأن الإيمان هو المعرفة فقط دون الإقرار والطاعة...
والقدري: من الفرقة المجْبِرة الذين يثبتون كل الأمر بقدر الله، وينسبون القبائح إلى الله، تعالى عن ذلك علوًّا كبيرًا. «المغرب» ص٩٧ وما بعدها.

(٢) في (ب) و(ج) و(د): والتفضيل، وفي (هـ): والتفصيل.

إلا الخَطّابِيّةَ، ....

(إلا الخَطّابِيّةَ) فإن شَهادتَهم لا تُقبَلُ، وهم قومٌ من الرَّوافِض يُنسَبون إلى أبي الخَطّابِ محمدِ بنِ أبِي وَهْبِ الأجدَعِ[1].

وقال أبُو حاتِمٍ أحمدُ بنُ حَمْدانَ الرّازيُّ[2]: الخَطّابِيَّةُ نُسِبوا إلى أبِي الخَطّابِ، واسمُه: أحمدُ بنُ أبِي زَينبَ الأسَديُّ الأجدَعُ، وكان يقولُ بإمامة إسماعيلَ بنِ جَعفرٍ، فلما مات إسماعيلُ رَجَعوا إلى القَول بإمامة جَعفَرٍ، وغَلَوا في القَول غُلُوًّا كَبيرًا.

وقال في «شرحِ الأقطَعِ»: هم قومٌ مَنسوبون إلى أبِي الخَطّابِ، رجلٍ كان بالكُوفة قَتَله عِيسى بنُ مُوسى[3]، وصَلَبه بالكُناسة[4]؛ لأنه كان يَزعُمُ أن عليًّا رَضِيَاللَّهُعَنْهُ هو الإلهُ الأكبَرُ، وجَعفَرَ الصّادِقَ الإلهُ الأصغَرُ، وكانُوا يَعتقِدونَ أن من ادَّعى منهم شيئًا على غَيره يَجِب أن يَشهَدَ له بَقِيّةُ شِيعتِه.

---

(١) الخطابية طائفة من الروافض، نسبة إلى أبي الخطاب محمد بن وهب الأسدي الأجدع، وكانوا يدينون بشهادة الزور لموافقيهم في العقيدة، إذا حلف على صدق دعواه. «المصباح» ١/ ١٧٣.

(٢) أبو حاتم، أحمد بن حمدان بن أحمد، الورساهي، أبو حاتم الكشي، ذكره أبو الحسن بن بانويه في «تاريخ الري»، وقال: كان من أهل الفضل والأدب والمعرفة باللغة، وسمع الحديث كثيرًا، وله تصانيف، ثم أظهر القول بالإلحاد، وصار من دعاة الإسماعيلية، وأضل جماعة من الأكابر، ومات في سنة اثنتين وعشرين وثلاثمئة. «لسان الميزان» ١/ ٤٨٨.

(٣) عيسى بن موسى بن محمد، العباسي، ابن أخ السفاح، المتوفى سنة (١٦٧ هـ)، وانظر «الكامل في التاريخ» ٥/ ٢٤٧.

(٤) في (أ): بالكناس، وفي (هـ): بالكنائس.

والذِّمِّيِّ على مِثلِه، ....

وذَكَر شمسُ الأئِمّةِ السَّرَخسِيُّ: هم ضَربٌ من الرَّوافِض يُجَوِّزون أداءَ الشَّهادةِ إذا حَلَف الْمُدَّعي بين أيدِيهم أنه مُحِقٌّ في دَعواه، ويَقولون: المسلمُ لا يَحلِف كاذِبًا.

(و) كذا تُقبَلُ شَهادةُ (الذِّمِّيِّ على) الذِّمِّيِّ (مِثلِه) وقال الشَّافعيُّ: لا تُقبَلُ؛ لأنه فاسِقٌ بأحَد أنواعِ الفِسقِ، وبه قال مالِكٌ وأبُو عبدِ الرَّحمنِ رَبيعةُ الرَّأيُ، وقال ابنُ أبِي لَيلى: إن اتَّفَقت مِلَلُهم تُقبَلُ شَهادةُ بعضِهم على بعضٍ، وإن اختَلَفت لا تُقبَلُ.

ولنا: ما رُوِي أنه عَلَيهِ الصَّلاةُ وَالسَّلَامُ رَجَم يَهودِيَّين بشَهادةِ يَهودَ عليهما بالزِّنى(١)، وعن أبِي مُوسى الأشعَريِّ وجابِرِ بنِ عبدِ اللهِ: أنه عَلَيهِ الصَّلاةُ وَالسَّلَامُ أجازَ شَهادةَ النَّصارى بعضِهم على بعضٍ(٢)، وعليه إجماعُ السَّلَف.

---

(١) أصل الحديث رواه البخاري (١٣٢٩)، ومسلم (١٦٩٩)، وقد تقدم، وذكر الشهود رواه أبو داود (٤٤٥٢) عن جابر بن عبد الله قال: جاءت اليهود برجل وامرأة منهم زنيا، فقال: «ائتوني بأعلم رجلين منكم»، فأتوه بابني صوريا، قال: فنشدهما كيف تجدان أمر هذين في التوراة؟ قالا: نجد في التوراة إذا شهد أربعة أنهم رأوا ذكره في فرجها مثل الميل في المكحلة رجما، قال: «فما يمنعكما أن ترجموهما؟»، قالا: ذهب سلطاننا، فكرهنا القتل، فدعا رسول الله صَلَّى اللهُ عَلَيهِ وَسَلَّمَ بالشهود، فجاؤوا أربعة فشهدوا أنهم رأوا ذكره في فرجها مثل الميل في المكحلة، فأمر رسول الله صَلَّى اللهُ عَلَيهِ وَسَلَّمَ برجمهما.

(٢) روى ابن ماجه (٢٣٧٤) عن جابر بن عبد الله: أن رسول الله صَلَّى اللهُ عَلَيهِ وَسَلَّمَ أجاز شهادة أهل الكتاب بعضهم على بعض.

والحَربيِّ على مِثلِه، لا على الذِّمِّيِّ.
ومن أَلَمَّ بصَغيرةٍ إن اجتَنَب الكَبائرَ، ....

(و) كذا تُقبَلُ شَهادةُ (الحَربيِّ على) الحَربيِّ (مِثلِه) لأن له وِلايةً على الحَربيِّ مِثلِه (لا) تُقبَلُ شَهادتُه (على الذِّمِّيِّ) لأنه لا وِلايةَ له عليه؛ لأن الذِّمِّيَّ من أهل دارِنا، وعند أحمدَ: لا تُقبَلُ أصلًا في الكلِّ.

وإنما قال: (على مِثله): لأنهما إذا كانا من دارَين مُختلِفَين، كالإفرَنج والحَبَش: لا تجوزُ شَهادةُ أحَدِهما على الآخَر؛ لانقِطاع الوِلايةِ بينهما، ولهذا لا يَتوارَثان، والدّارُ تَختلِفُ باختِلاف الْمَنَعةِ والمِلكِ، وتُقبَلُ شَهادةُ الذِّمِّيِّ على الْمُستأمَن؛ لأن الذِّمِّيَّ أعلى حالًا منه، فجاز أن يُجعَلَ له وِلايةٌ عليه.

وكذا تُقبَلُ شَهادةُ الْمُستأمَنِين بعضِهم على بعضٍ بشَرط اتِّحادِ الدّارِ، بخِلاف أهلِ الذِّمّةِ؛ حيث تُقبَلُ شَهادةُ بعضِهم على بعضٍ، وإن كان هذا رُومِيًّا، وذاك تُركيًّا.

وقال النّاصِحِيُّ: فإن أسلَم الْمَشهودُ عليه قبل أن يُقضَى عليه بَطَلت الشَّهادةُ.

(و) كذا تُقبَلُ شَهادةُ (من أَلَمَّ بصَغيرةٍ) أي بذَنبٍ ما دون الفَواحِشِ (إن اجتَنَب الكَبائرَ) كلَّها؛ لأن الإلمامَ من غَير إصرارٍ لا يَقدَحُ في العَدالة؛ إذ لا يُوجَد من البَشَر من هو مَعصومٌ سِوى الأنبِياءِ عليهم السَّلامُ، فيُؤدِّي اشتِراطُ العِصمةِ إلى سَدِّ بابِ الشَّهادةِ، وهو مَفتوحٌ.

والأقلَفِ، والخَصِيِّ، وولَدِ الزِّنى، والخُنثى، والعُمّالِ، ....

ثم الحَدُّ في العَدالةِ في الصَّحيح: من غَلَبت حَسَناتُه على سَيِّئاته، فإن التَّوقِّيَ عن الكَبائِرِ كلِّها لا بُدَّ منه، ثم بعد ذلك يُعتبَرُ الغالِبُ.

(و) كذا تُقبَلُ شَهادةُ (الأَقلَفِ) وهو غيرُ المَختونِ؛ لإطلاقِ النُّصوصِ من غَيرِ قَيدٍ بالخِتانِ، وعن ابنِ عبّاسٍ رَضِيَ اللهُ عَنهُما أنه لا تُقبَلُ شَهادتُه[1]، وهو مَحمولٌ على ما إذا تَرَكه استِخفافًا بالسُّنّة، وإذا تَرَكه لعُذرٍ به من كِبَرٍ أو خَوفِ هَلاكٍ: لا يَضُرُّ عَدالتَه، وقال النّاصِحيُّ: تجوزُ شَهادةُ الأَقلَفِ إذا كان عَدْلًا.

(و) كذا تُقبَلُ شَهادةُ (الخَصِيِّ) وهو مَنزوعُ الخِصيتَين، قال الخَصّافُ: إذا كان عَدْلًا (وولَدِ الزِّنى، والخُنثى) لتَحقُّقِ العَدالةِ منهم؛ لأن قَطْعَ العُضوِ، أو زِيادتَه، أو جِنايةَ أبَوَيه: لا تُوجِب قَدْحًا في العَدالة.

ثم الخُنثى إن لم يكن مُشكِلًا فلا إشكالَ، وإن كان مُشكِلًا يُجعَلُ امرَأةً في حقِّ الشَّهادةِ احتياطًا، حتى لا يجوزُ أن يَشهَدَ مع رجلٍ ما لم يُضَمَّ إليه امرَأةٌ، ولا مع النِّساءِ بلا رجلٍ معهنَّ.

(و) كذا تُقبَلُ شَهادةُ (العُمّالِ) بضمِّ العَين وتَشديدِ المِيمِ، جمعُ عامِلٍ، وهم عُمّالُ السَّلاطينِ الذين يَأخُذون الحُقوقَ الواجِبةَ، كالخَراجِ، والجِزيةِ، والصَّدَقاتِ، عند عامّةِ المَشايخِ، وقِيل: هم الأُمَراءُ، وقِيل: الذين يَعمَلون بأيدِيهم ويُؤجِرونَ أنفسَهم.

---

(١) رواه عبد الرزاق (١٣٥٦٢)، وابن أبي شيبة (٢٣٣٣٤).

والْمُعتَقِ للمُعتِق.

ولو شَهِدا أن أَباهما أَوصى إليه، والوَصِيُّ يَدَّعي: جاز، ....

وأيًّا ما كان: تُقبَلُ شَهادتهُم؛ لأن نفْسَ العمَلِ ليس بفِسقٍ، اللَّهُمَّ إلا إذا كانُوا أعوانًا على الظُّلم، فحينَئذٍ لا تُقبَلُ شَهادتُهم.

وفي «الكافِي»: هذا كانَ في زَمانهم؛ لأن الغالِبَ عليهم الصَّلاحُ، وفي زَمانِنا: لا تُقبَلُ شَهادةُ العُمّالِ؛ لغَلَبة ظُلمِهم.

وقال الفَقيهُ أبُو اللَّيثِ في «شَرح الجامِعِ الصَّغيرِ»: إن كان العامِلُ مِثلَ عُمَرَ بنِ عبدِ العَزيزِ ونحوِه: تجوزُ شَهادتُه، وإن كان مِثلَ يَزيدَ بنِ مُعاوِيةَ ونحوِه: لا تُقبَلُ شَهادتُه.

(و) كذا تُقبَلُ شَهادةُ (الْمُعتَقِ) بفَتح التّاءِ (للمُعتِق) بكَسر التّاءِ، وكذا بالعَكس؛ لعَدَم التُّهمةِ.

(ولو) مات رَجُلٌ وتَرَك ابنَين، ثم (شَهِدا أن أَباهما أَوصى إليه) أي إلى رَجُلٍ (والوَصِيُّ) هو الرَّجُلُ الْمَذكورُ (يَدَّعي) الوَصِيةَ (جاز) أي شَهادةُ الابنَين، وتَذكيرُ الفِعلِ باعتِبار الْمَذكورِ من الشَّهادة، لأنه لم يَثبُت بهذه الشَّهادةِ شَيءٌ لم يكن للقاضِي فِعلُه، وإنما كان له نصبُ الوَصيِّ، فاكتَفى بهذه الشَّهادةِ مُؤنةَ التَّعيينِ؛ لأنهما زَكَّياهُ بشَهادتهما؛ إذ لولا شَهادتُهما لكان القاضِي يَتأمَّلُ فيمن يُعَيِّنُ، وفيمن يَصلُحُ، فيُعَيِّنُ من ثَبَتت صَلاحِيَّتُه نَظرًا للمَيِّت، وإن لم يُوصِ؛ لأنه نُصِّب ناظِرًا لِمَصالِح الْمُسلِمين.

وإن أنكَر: لا.

كما لو شَهِدا أن أباهما وَكَّله بقَبضِ دُيونِه، وادَّعى الوَكيلُ أو أنكَر.

ولا يَسمَعُ القاضِي الشَّهادةَ على جَرْحٍ مُجَرَّدٍ.

(وإن أنكَر) الرَّجُلُ الوَصِيَّةَ (لا) تُقبَلُ شَهادتُهما؛ لأن القاضِيَ لا يَملِك إجبارَ أحَدٍ على قَبول الوَصِيَّةِ.

ثم مَثَّل عدَمَ قَبولِ الشَّهادةِ هنا بمَسألةٍ أُخرى بقَوله:

(كما) لا تُقبَلُ شَهادةُ الابنَين في غَيبةِ أبِيهما (لو شَهِدا أن أباهما وَكَّله) أي وَكَّل فُلانًا (بقَبضِ دُيونِه، و) الحالُ أنه قد (ادَّعى الوَكيلُ) الوَكالةَ (أو أنكَر) ها.

وإنما لا تُقبَلُ هذه الشَّهادةُ للتُّهَمة؛ لأن القاضِيَ لا يَملِكُ نصْبَ الوَكيلِ عن الغائِب، فلو ثَبَت لثَبَت[1] بشَهادتهما[2]، وهي غيرُ مُوجِبةٍ، فبَطَلت، بخِلاف مَسألةِ الوَصِيَّةِ، كما ذكَرْنا.

(ولا يَسمَعُ القاضِي الشَّهادةَ على جَرْحٍ مُجَرَّدٍ) من غَير أن يَتضمَّنَ إيجابَ حَقٍّ من حُقوق الشَّرعِ أو من حُقوق العِبادِ؛ لأن الفِسقَ الْمُجرَّدَ مما لا يَدخُلُ تحت الحُكمِ، وفي «الغاية»: والجَرحُ الْمُجَرَّدُ الذي لا يَدخُلُ تحت حُكمِ القاضِي، كما إذا قال الْمُدَّعى عليه: إنَّ شُهودَ الْمُدَّعي فَسَقةٌ، أو قال: استأجَر الشُّهودَ.

---

(١) في (هـ): لثبتت.

(٢) في (أ): شهادتهما. وانظر «التبيين» ٤/ ٢٢٧.

....

وعند الشَّافعيِّ: يَسمَعُ، ويَحكُمُ به، وكذا نُقِل عن الخَصَّاف.

وإنما لا تُقبَلُ الشَّهادةُ على جَرحٍ مُجرَّدٍ: لأن القاضِيَ مَأمورٌ بالسَّتر على الْمُسلِمين، وفي سَماع البَيِّنةِ هَتكُ الحُرمةِ وإشاعةُ الفاحِشةِ، وذلك حَرامٌ، إلا إذا تَضمَّن حقًّا للشَّرع أو العبدِ، فحينَئذٍ تُقبَلُ، كما إذا قالا: زَنَوا، أو: شَرِبوا الخمرَ، أو: سَرَقوا، أو: أَخَذوا المالَ، أو: قَتَلوا النَّفسَ عَمدًا، فتُقبَلُ شَهادتُهما ضَرورةَ إحياءِ الحُقوقِ، وإن كان فيه هَتكٌ؛ لأن مَقصودَهما إيجابُ حقِّ اللهِ تَعالى، وهو الحدُّ، أو إيجابُ حقِّ العبدِ، وهو ضَمانٌ يَدخُلُ تحت الحُكمِ، وفي ضِمنِه يَثبُتُ الجَرحُ.

وكذا إذا قال الْمُدَّعَى عليه: صالَحتُ الشُّهودَ بكذا من المال على أن لا يَشهَدوا عليَّ بهذا الباطِلِ، وقد شَهِدوا عليَّ به، وأقامَ على ذلك بَيِّنةً، وطَلَب استِردادَه: تُقبَلُ؛ لأن دَعواه صَحيحةٌ؛ لما فيه من إيجاب رَدِّ المالِ على الشُّهود، وهو مما يَدخُلُ تحت الحُكمِ..

حتى لو قال: صالَحتُهم[1] بكذا من المال على أن لا يَشهَدوا عليَّ، ولم أَدفَع لهم المالَ، أو قال: استَأجَرهم الْمُدَّعي بكذا من المال على أن يَشهَدوا له[2]: لا تُقبَلُ؛ لأن الدَّعوى غيرُ صَحيحةٍ؛ إذ الْمُدَّعى مُجرَّدُ جَرحٍ؛ لأنه لم يَدَّعِ[3] قبله حقًّا يُمكِنُ القَضاءُ به، ودَعوى

(١) في (ب): صالحهم. وانظر «التبيين» ٤/٢٢٨.

(٢) في (ب): به. وانظر «التبيين» ٤/٢٢٨.

(٣) كذا في (ح) و«التبيين» ٤/٢٢٨، وفي (ب): لأنه لا يدعي، وفي الباقي: لأنه يدعي.

ومَن شَهِد ولم يَبرَح حتى قال: أُوهِمتُ بعضَ شَهادتي: تُقبَلُ لو عَدْلًا.

الاستئجارِ وإن كانَت صَحيحةً.. لكنه يَدَّعيها لغَيره، وليس له وِلايةُ إلزامٍ لغَيره، فكان جَرحًا مُجرَّدًا.

ولو أقامَ البيِّنةَ على إقرار المُدَّعي أن الشُّهودَ فَسَقةٌ: تُقبَل بيِّنتُه، وكذا إذا أقامها على إقراره أنه استأجَرهم، أو على إقرارهم أنهم لم يَحضُروا المَجلِسَ الذي كان فيه الحقُّ، وكذا إذا أقامَها أنهم عَبيدٌ أو مَحدودونَ في قَذفٍ.

(ومَن شَهِد) في مَجلِس القاضِي (ولم يَبرَح) أي لم يَزُل عن مَجلِس القاضِي (حتى قال: أُوهِمتُ بعضَ شَهادتي: تُقبَلُ) شَهادتُه، ويُسمَعُ[1] قولُه: أُوهِمتُ بعضَ شَهادتي (لو) كان (عَدْلًا) لأنه قد يُبتلى بالغَلَط لِمَهابة مَجلِسِ القاضِي، فوَضَح العُذرُ، فتُقبَل شَهادتُه إذا تَدارَكه في أوانه وهو عَدْلٌ، وإن قال ذلك بعدما قام عن مَجلِس القاضِي لا تُقبَلُ شَهادتُه؛ لجَواز أنه غَرَّه أحَدُ الخَصمَين بالرِّشوة.

ثم قِيل: يُقضى بجَميع ما شَهِد به أوَّلًا، حتى لو شَهِد بألفٍ أوَّلًا، ثم قال: غَلِطتُ في خَمسِمائةٍ: يُقضى بألفٍ؛ لأن المَشهودَ به أوَّلًا صار حقًّا للمُدَّعي، ووَجَب على القاضِي القَضاءُ به، فلا يَبطُل برُجوعه.

وقِيل: يُقضى بما بَقِي؛ لأن ما حَدَث بعد الشَّهادةِ قبل القَضاءِ كحُدوثه عند الشَّهادةِ، وإليه مال شمسُ الأئِمّةِ السَّرَخسيُّ، وعن أبي حنيفةَ

---

(١) في سوى (أ) و(هـ): ولا يسمع قوله.

....

وأبي يوسف رَحِمَهُمَاٱللَّهُ: إن قَولَه يُقبَلُ في غَير الْمَجلِسِ في الكُلِّ، والأوَّلُ هو الظَّاهِرُ.

وفي «النِّهاية»: أن الشَّاهِدَ إذا قال: (أُوهِمتُ) في الزِّيادةِ أو في النُّقصان: يُقبَلُ قَولُه إذا كان عَدْلًا، ولا يَتفاوتُ بين أن يَكونَ قبل القَضاءِ أو بعده، رَواه الحسَنُ عن أبي حنيفةَ، وبِشرٌ عن أبي يوسف، والله أعلمُ.

باب الاختِلافِ في الشَّهادة

الشَّهادةُ إن وافَقَت الدَّعوى: قُبِلت، وإلا لا.

ادَّعى دارًا، إرثًا أو شِراءً، فشَهِدا بمِلكٍ مُطلَقٍ: لَغَت، وبعَكسه: لا.

هذا (باب) في بَيان أحكامِ (الاختِلافِ في الشَّهادة)

(الشَّهادةُ إن وافَقَت الدَّعوى) بأن كانَت في ألفِ قَرضٍ، وشَهِدا بألفِ قَرضٍ (قُبِلت) الشَّهادةُ؛ لأنها وافَقَت، فأمكَن القَضاءُ..

(وإلا) أي وإن لم تُوافِقِ الشَّهادةُ الدَّعوى، بأن كانَت في ألفِ قَرضٍ، وشَهِدا بألفِ ثمَنِ مَتاعٍ (لا) تُقبَلُ الشَّهادةُ؛ لأنها خالَفَت، فلم يُمكِن القَضاءُ بها، وذلك لأن الشَّهادةَ لأجل تَصديقِ الدَّعوى، فإذا خالفَتْها فقد كَذَّبَتْها، والدَّعوى الكاذِبةُ لا تُعتبَر، فانعَدَم الشَّرطُ، وهو تَقدُّمُ الدَّعوى، فلا يُحكَم بها، بخِلاف حُقوقِ اللهِ تَعالى؛ لأن الدَّعوى ليست فيها بشَرطٍ.

(ادَّعى) رَجُلٌ على آخَرَ (دارًا إرثًا) أي مَوروثةً (أو) ادَّعى دارًا (شِراءً) أي مُشتراةً (فشَهِدا) أي الشّاهِدان (بمِلكٍ مُطلَقٍ) يَعني: من غَير ذِكرِ سبَبٍ (لَغَت) الشَّهادةُ؛ لأنهما شَهِدا بأكثرَ مما ادَّعاه الْمُدَّعي؛ لأنه ادَّعى مِلكًا حادِثًا، وهما شَهِدا بمِلكٍ قَديمٍ، وهما مُختلِفان، فإن الْمِلكَ الْمُطلَقَ يَثبُتُ من الأصل، حتى يُستحَقُّ الْمُدَّعى بزَوائِده، بخِلافِ الْمِلكِ الحادِثِ، ويَرجِعُ الباعةُ بعضُهم على بعضٍ فيه، فصارا غَيرَين.

(و) إذا كانَت الشَّهادةُ (بعَكسه) أي بعَكسِ الحُكمِ الْمَذكورِ (لا) تَلغو،

ويُعتبَر اتِّفاقُ الشَّاهِدَين لفظًا ومَعنًى.

بل تُقبَل، وهو ما إذا ادَّعى مِلكًا مُطلَقًا، فشَهِدا بمِلكٍ بسبَبٍ مُعيَّنٍ؛ لأنهما شَهِدا بأقلَّ مما ادَّعى، وذلك لا يَمنَع قَبولَ الشَّهادةِ.

(ويُعتبَر اتِّفاقُ الشَّاهِدَين لفظًا ومَعنًى) أي من حيثُ اللَّفظُ ومن حيثُ الْمَعنى عند أبي حنيفةَ رَحِمَهُ اللَّهُ، وعندهما: الاتِّفاقُ في الْمَعنى هو الْمُعتبَرُ، والْمُرادُ بالاتِّفاق في اللَّفظ هو تَطابُقُ اللَّفظَين على إفادة[1] الْمَعنى بطَريق الوَضعِ، لا بطَريق التَّضمُّنِ[2]..

حتى لو ادَّعى رجلٌ مِائةَ دِرهَمٍ، فشَهِد شاهِدٌ بدِرهَمٍ، وآخَرُ بدِرهَمَين، وآخَرُ بثَلاثةٍ، وآخَرُ بأربَعةٍ، وآخَرُ بخَمسةٍ: لا تُقبَلُ عند أبي حنيفةَ؛ لعَدَم الْمُوافَقةِ لفظًا، وعندهما: يُقضى بأربَعةٍ.

وكذا إن شَهِد أحَدُهما بألفٍ، والآخَرُ بألفَين: لا تُقبَل عند أبي حنيفةَ؛ لعَدَم الْمُوافَقةِ لَفظًا ومَعنًى، وعندهما: تُقبَلُ على الألف إذا كان الْمُدَّعي يَدَّعي ألفَين.

---

(١) في (ج) و(د): إعادة.

(٢) فلو شهد أحدهما بألف، والآخَرُ بألفين: لم تقبل، فلم يقض بشيء عند أبي حنيفة، وعندهما تقبل على الألف إذا كان المدعي يدعي الألفين، بخلاف ما إذا كان يدعي ألفًا: لا يُقضى بشيء اتفاقًا؛ لأنه أكذب شاهد الألفين، إلا إن وَفَّق فقال: كان لي عليه ألفان فقضاني ألفًا، أو أبرأته من ألف، والشاهد لا يعلم بذلك: يُقضى له بالألف. اهـ كمال. شلبي ٤/ ٢٣٠.

فإن شَهِد أحَدُهما بألفٍ، والآخَرُ بألفَين: لم تُقبَل.
وإن شَهِد الآخَرُ بألفٍ وخَمسِمائةٍ، والمُدَّعي يَدَّعي ذلك: ....

وعلى هذا الخِلافِ: المِائةُ والمِائتان، والطَّلْقةُ والطَّلْقتان، أو الثَّلاثُ[1].

وبقَولهما قالَت الثَّلاثةُ، وعندَهم: يَحلِف المُدَّعي، ويَستَحِقُّ الزِّيادةَ.

لهما: أنهما اتَّفَقا على الأقلّ، فيَثبُت؛ لوُجود الحُجّةِ، وتَفرُّد أحَدُهما بالزِّيادة، فلا يَثبُت؛ لعَدَم الحُجّةِ.

وله: أن اختِلافَ اللَّفظِ يَدُلُّ على اختِلاف المَعنى؛ لأن اللَّفظَ الواحِدَ غيرُ لفظِ الاثنَين، ولَفظُ الألفِ غيرُ لفظِ الألفَين، فلم يَثبُت واحِدٌ من اللَّفظَين؛ لأنه لم يَشهَد على كلٍّ منهما إلا واحِدٌ، فلا تُقبَل.

ثم فَرَّع على هذا الأصلِ بالفاء بقَوله:

(**فإن شَهِد أحَدُهما**) أي أحدُ الشاهِدَين (**بألفٍ، و**) شَهِد (**الآخَرُ بألفَين: لم تُقبَل**) هذه الشَّهادةُ عند أبي حنيفة، خِلافًا لهما (**وإن شَهِد**) الشاهِدُ (**الآخَرُ بألفٍ وخَمسِمائةٍ و**) الحالُ أن (**المُدَّعي يَدَّعي ذلك**) أي

---

(1) لا يقضى بطلاق أصلًا عنده، وعندهما يُقضى بالأقل، قال الكمال رَحِمَهُ اللَّهُ: وهذا في دعوى الدَّين، أما في دعوى العين.. بأن كان في كيس ألفَا درهم، فشهد أحدهما أن جميع ما في الكيس له وهو ألفا درهم، والآخر أن نصف ما فيه له وهو ألف درهم: قُبلت شهادتهما؛ لأن ذكر المقدار في المشار إليه مستغنًى عنه، ذكره الخبازي، وبقولهما قال الشافعي وأحمد، يستحق الزائد بالحلف عليه. اهـ شلبي ٤/ ٢٣٠.

قُبِلت على الألف.

ولو شَهِدا بألفٍ، وقال أحَدُهما: قَضاه منها خَمسَمائةٍ: تُقبَل بألفٍ، ولم يُسمَع أنه قَضاه، إلا أن يَشهَدَ معه آخَرُ، ويَنبَغي أن لا يَشهَدَ حتى يُقِرَّ الْمُدَّعي بما قَبَض.

ولو شَهِدا بقَرضِ ألفٍ، وشَهِد أحَدُهما أنه قَضاه: ....

الألفَ والخَمسَمائةَ (قُبِلت) الشَّهادةُ (على الألف) لاتِّفاقهما على الألف، وتَفَرُّدِ أحَدِهما بخَمسمائةٍ، وهذا بالاتِّفاق.

وعند الثَّلاثةِ: يَستحِقُّ الخَمسَمائةِ بحَلِفه.

ولو كان الْمُدَّعي يَدَّعي الأقلَّ: لا تُقبَل الشَّهادةُ في الكُلّ.

(ولو شَهِدا) أي الاثنان (بألفٍ، وقال أحَدُهما) أي أحدُ الشَّاهِدَين (قَضاه) أي قَضى الْمُدَّعى عليه للمُدَّعي (منها) أي من الألف (خَمسَمائةٍ: تُقبَل) شَهادتُهما (بألفٍ) لاتِّفاقهما عليه (ولم يُسمَع أنه) أي أن الْمُدَّعى عليه -وهو الْمَديونُ- (قَضاه) أي الدّائنَ الْمُدَّعِي خَمسَمِائةٍ؛ لانفِراده به (إلا أن يَشهَدَ معه) شاهِدٌ (آخَرُ) ليَكمُلَ النِّصابُ حينَئذٍ.

(ويَنبَغي) للشّاهِد الذي شَهِد بأنه قَضاه خَمسَمائةٍ، يَعني: يَجِب عليه (أن لا يَشهَدَ) بالألف كُلِّها إذا عَلِم أنه قَضاه منها خَمسَمائةٍ (حتى يُقِرَّ الْمُدَّعي بما قَبَض) وهو خَمسُمائةٍ؛ كَي لا يَصيرَ مُعِينًا على الظُّلم.

(ولو شَهِدا) أي الاثنان (بقَرضِ ألفٍ) بأن شَهِدا أنَّ فُلانًا أقرَض فُلانًا ألفَ دِرهَمٍ (وشَهِد أحَدُهما أنه) أي أن الْمُستقرِضَ (قَضاه) أي قَضى

جازَت الشَّهادةُ على القَرض.

ولو شَهِدا أنه قَتَل زيدًا يومَ النَّحرِ بمَكّةَ، وآخَران أنه قَتَله يومَ النَّحرِ بمِصرَ: رُدَّتا، فإن قَضَى بإحداهما أوَّلًا: بَطَلت الأُخرى.

ولو شَهِدا على سَرِقةِ بَقَرةٍ، واختَلَفا في لَونها: ....

الألفَ للمُقرِض (جازَت الشَّهادةُ على القَرض) لتَمام الحُجّةِ فيه، ولا تُقبَل في القَضاء؛ لعَدَمها.

وذَكَر الطَّحاويُّ عن بَعض أصحابِنا أنه لا يَقضي بها القاضِي، وهو قولُ زفرَ.

(ولو شَهِدا) أي الاثنانِ (أنه) أي أنَّ فُلانًا (قَتَل زيدًا يومَ النَّحرِ بمَكّةَ) شَرَّفها اللهُ تَعالى (و) شَهِد (آخَران أنه) أي أن الفُلانَ الْمَذكورَ (قَتَله) أي قَتَل زَيدًا الْمَذكورَ (يومَ النَّحرِ بمِصرَ: رُدَّتا) أي الشَّهادتان؛ لأن إحدى الطَّائِفتَين كاذِبةٌ بيَقينٍ، وليس إحداهما أولى بالقَبول من الأُخرى، وكذا لو اختَلَفا في الزَّمان أو الآلةِ التي وَقَع بها القَتلُ.

(فإن قَضَى) القاضِي (بإحداهما) أي بإحدى البَيِّنتَين في الْمَسألة الْمَذكورةِ، بأن حَكَم بالقِصاص (أوَّلًا: بَطَلت) البَيِّنةُ (الأُخرى) إذا شُهِدت بعد الحُكمِ؛ لأن الأُولى تَرجَّحت باتِّصال القَضاءِ بها، فلا تُنقَضُ بالثّانية.

(ولو شَهِدا) أي الاثنانِ (على سَرِقةِ بَقَرةٍ، واختَلَفا) أي الشّاهِدان (في لَونها) أي في لَون البَقَرةِ، بأن قال أحَدُهما: سَرَق بَقَرةً بَيضاءَ،

قُطِع، بخِلاف الذُّكورةِ والأُنوثةِ والغَصب.

ومَن شَهِد لرَجُلٍ أنه اشتَرى عبدَ فُلانٍ بألف، وشَهِد آخَرُ بألفٍ وخَمسِمائةٍ: بَطَلت الشَّهادةُ.

وقال الآخَرُ: (بقَرةً سَوداءَ): تُقبَلُ شَهادتُهما عند أبي حنيفةَ، فإذا قُبِلت (قُطِع) يدُ السّارقِ؛ لأنه يَحتمِلُ اشتِمالَها على لَونَين، وعندهما: لا تُقبَل؛ لأن الْمَشهودَ به مُختَلِفٌ.

وهذا إذا كان الْمُدَّعي يَدَّعي بَقَرةً مُطلَقًا من غَير تَقييدٍ بوَصفٍ، وأما إذا ادَّعى سَرِقةَ بَقَرةٍ سَوداءَ أو بَيضاءَ: لا تُقبَل شَهادتُهما بالإجماع.

وقِيل: هذا في لَونَين مُتَشابِهَين، كالسَّواد والحُمرةِ، وأما في لَونَين غيرِ مُتشابِهَين، كالسَّواد والبَياضِ: لا تُقبَلُ الشَّهادةُ، والأصحُّ أن الكلَّ على الخِلاف، ذَكَره في «الْمَبسوط».

(بخِلاف) الاختِلافِ في (الذُّكورةِ والأُنوثةِ) بأن شَهِد أحَدُهما أنه سَرَق ذَكَرًا، وشَهِد الآخَرُ أُنثى؛ حيثُ لا تُقبَل بالإجماع؛ لأنهما لا يَجتمِعان في بَقَرةٍ واحِدةٍ (و) بخِلاف الاختِلافِ في لَون البَقَرةِ في (الغَصب) بأن قال أحَدُهما: غَصَب بَقَرةً بَيضاءَ، وقالَ الآخَرُ: بَقَرةً سَوداءَ؛ لأن الغَصبَ يَقَعُ بالنَّهار، وهو يَقرُبُ منه غالِبًا، فلا يَشتبِه عليه الحالُ، فلا تُقبَل الشَّهادةُ.

(ومَن شَهِد لرَجُلٍ أنه اشتَرى عبدَ فُلانٍ بألف) دِرهَمٍ (وشَهِد آخَرُ) أنه اشتَرى (بألفٍ وخَمسِمائةٍ: بَطَلت الشَّهادةُ) سواءٌ كان الْمُدَّعي هو

وكذا الكِتابةُ والخُلعُ، ....

المشتريَ أو البائعَ[1]؛ لاختِلاف الْمَشهودِ به؛ لاختِلاف الثَّمنِ، فلم يَتِمَّ النِّصابُ على واحِدٍ منهما.

وذَكَر عَلاءُ الدِّينِ السَّمَرقَنْديُّ[2] رَحِمهُ اللهُ تَعالى أن الشَّهادةَ تُقبَل؛ لأن التَّوفيقَ مُمكِنٌ؛ لأن الشِّراءَ الواحِدَ قد يكونُ بألفٍ، ثم يَصيرُ بألفٍ وخَمسِمائةٍ، بأن يَشترِيَه بألفٍ، ثم يَزيدَه عليه خَمسَمائةٍ، فقد اتَّفقا على شِراءٍ واحِدٍ.

(وكذا) تَبطُل الشَّهادةُ بالاختِلاف في مِقدارِ بدَلِ (الكِتابة و) بدَلِ (الخُلع) إذا كانت الْمَرأةُ هي الْمُدَّعيةَ للخُلع؛ لأن مَقصودَها إثباتُ السَّبَبِ دون المالِ، فلا يَثبُت مع اختِلافِهما فيه، فصار نَظيرَ البيعِ، بخِلاف دَعوى الدَّينِ؛ لأن الْمَقصودَ فيه المالُ دون السَّبَب، فيَثبُتُ قَدْرُ ما اتَّفَقا عليه دون ما تَفرَّد به أحَدُهما..

وإن كان الْمُدَّعي هو الزَّوجَ يَقَع الطَّلاقُ بإقراره، ويكونُ بمَنزِلة دَعوى

(١) في سوى (أ): سواء كان المدعي هو العبدَ أو الْمَولى.

(٢) علاء الدين، أبو بكر، محمد بن أحمد بن أبي أحمد، السمرقندي ثم الحلبي، نزيل حلب ودفينها، الإمام الكبير، والفقيه الشهير، والد العالمة الجليلة الفقيهة فاطمة السمرقندية، زوجة ملك العلماء علاء الدين الكاساني، صاحب الكتاب الشهير «تحفة الفقهاء»، الذي شرحه الكاساني في «بدائع الصنائع»، وله مصنفات أخرى جليلة منها «الأصول»، توفي رَحِمَهُ اللهُ سنة (٥٤٠هـ)، وانظر ترجمته في «الجواهر المضية» ٢/ ٦.

....

الدَّين، فيَثبُت أقلُّهما، وهو الذي اتَّفقا عليه؛ لتَمام نِصابِ الشَّهادةِ فيه، وكذا الصُّلحُ عن دَم العَمدِ، والعَتقُ على مالٍ..

فإن كان الْمُدَّعي هو العبدَ أو القاتِلَ: لا تُقبَل شَهادتُهما، وإن كان هو الْمَولى والوليَّ: يَثبُت العَفوُ والعَتقُ بإقرارهما، فيَكونُ دَعوى الدَّين[1]، فتُقبَل شَهادتُهما فيما اتَّفقا عليه، كما في الخُلع.

وفي الرَّهن.. إن كان الْمُدَّعي هو الْمُرتهِنَ فهو كدَعوى الدَّينِ، يَثبُت أقَلُّهما، وإن كان هو الرّاهِنَ: فلا تُقبَل الشَّهادةُ، وله أن يَفسَخَه أيَّ وقتٍ شاء.

صورتُه: أن يَدَّعيَ أنه رَهَنه ألفًا وخَمسَمائةٍ، وادَّعى أنه قَبَضه، ثم أَخَذه الرّاهِنُ، فيَطلُبَ الاستِردادَ منه، فأقامَ بَيِّنةً، فشَهِد أحَدُهما بألفٍ، والآخَرُ بألفٍ وخَمسِمائةٍ: يَثبُت أقَلُّهما.

وفي الإجارة.. إن كان قبل استيفاءِ الْمَعقودِ عليه -وهو الْمَنافِعُ-: فهي نَظيرُ البَيعِ، فلا تُقبَل شَهادتُهما، وإن كان بعد مُضِيِّ الْمُدّةِ: فهي كالدَّين، يَثبُتُ ما اتَّفقا عليه إن كان الْمُدَّعي يَدَّعي الأكثرَ، وإن كان يَدَّعي الأقلَّ: لا تُقبَل شَهادةُ من شَهِد بالأكثَر؛ لأنه كَذَّبه الْمُدَّعي.

وهذه ثَمانِ مَسائلَ: البيعُ، والإجارةُ، والكِتابةُ، والخُلعُ، والعَتقُ على مالٍ، والصُّلحُ عن دَم العمدِ، والنِّكاحُ، والرَّهنُ.

---

(١) كذا في (أ): و«التبيين» ٤/ ٢٣٥، وفي (هـ): العتق، وفي الباقي: العين.

....

ثم كلُّ واحدةٍ منها على وَجهَين: إما أن يَدَّعيَ هذا ويُنكِرَ الآخَرَ، أو يَدَّعيَ الآخَرُ ويُنكِرَ هذا.

أما البيعُ.. إذا ادَّعى البائعُ، وأنكَر الْمُشتَري، أو العكسُ: لا تُقبَل الشَّهادةُ إذا شَهِد أحَدُهما على ألفٍ، والآخَرُ على ألفَين، أو أحَدُهما على ألفٍ، والآخَرُ على ألفٍ وخَمسِمائةٍ، سواءٌ ادَّعى الأقَلَّ أو الأكثَرَ.

وأما الإجارةُ: فقد ذُكِرت صُورتُها.

وأما الكِتابةُ.. فإن ادَّعى الْمَولى، والْمُكاتَبُ مُنكِرٌ: لا يُلتفَتُ إلى شَهادتهما؛ لأن الدَّعوى لا تَنفُذ؛ لأن العبدَ مُتمكِّنٌ من الفَسخ، وإن ادَّعى الْمُكاتَبُ فهذا دَعوى العقدِ[1]، لا تُقبَل الشَّهادةُ إذا اختَلَف الشّاهِدان في بَدَل الكِتابةِ، كما في البَيع والشِّراءِ.

وأما الخُلعُ، والعَتقُ على مالٍ، والصُّلحُ عن دَم العمدِ.. فإن كانت الدَّعوى من الْمَرأة، والعبدِ، والقاتِلِ: لا تُقبَل الشَّهادةُ إذا اختَلَف الشّاهِدان في البَدَل، وإن كان الْمُدَّعي هو الزَّوجَ، أو الْمَولى، أو وليَّ القِصاصِ: جازَت الشَّهادةُ على الأقَلِّ؛ لأنه دَعوى المالِ.

وأما النِّكاحُ.. فإن كانَ الزَّوجُ يَدَّعي، والْمَرأةُ مُنكِرةٌ، واختَلَف الشّاهِدان في الْمَهر: لا تُقبَل الشَّهادةُ، وإن كانَت الْمَرأةُ هي الْمُدَّعية:

---

(١) في (هـ): العبد.

فأما النِّكاحُ: فيَصِحُّ بألفٍ.

ومِلكُ الْمُورِّثِ لم يُقضَ لوارِثه بلا جرٍّ، ....

فهذا دَعوى المالِ عند أبي حنيفةَ، حتى لو ادَّعَت النِّكاحَ بألفٍ وخَمسِمائةٍ، واختَلَف الشّاهِدان: فالنِّكاحُ جائِزٌ بألفٍ عند أبي حنيفةَ، وعندهما: لا تُقبَل الشَّهادةُ، ولا يُقضى بالنِّكاح.

وأما الرَّهنُ.. فإن ادَّعى الرّاهِنُ، واختَلَف الشّاهِدان: لا تُقبَل الشَّهادةُ؛ لأنه لا حَظَّ له في الرَّهن؛ لأن حِفظَ[1] الرَّهنِ للمُرتهِن، فكانَت الشَّهادةُ بلا دَعوى، فلا تُقبَل، وإن ادَّعى الْمُرتهِنُ، فشَهِد أحَدُهما على ألفٍ، والآخَرُ على ألفٍ وخَمسِمائةٍ: جازَت شَهادتُهما على الأقَلّ.

(**فأما النِّكاحُ: فيَصِحُّ بألفٍ**) كأنه جَوابٌ عما يُقالُ: كيف الحُكمُ في النِّكاح إذا اختَلَف شاهِداهُ؟ فقال: يَصِحُّ بألفٍ؛ لاتِّفاقهما عليه، وقد مرَّ بَيانُه الآنَ.

(**ومِلكُ الْمُورِّثِ**) كَلامٌ إضافيٌّ مُبتدَأٌ، وقَولُه: (**لم يُقضَ لوارِثه**) خبَرُه، صورتُه: إذا ثَبَت شيءٌ أنه مِلكُ الْمُورِّث، بأن ادَّعى إنسانٌ عَينًا في يدِ إنسانٍ أنها مِيراثُ أبِيه، وأقامَ شاهِدَين، فشَهِدا أن هذه كانَت لأبِيه: لا يُقضى له (**بلا جرٍّ**) من الشُّهود، بأن يَجُرَّ الْمِيراثَ، فيَقولا: ماتَ وتَرَكها مِيراثًا له..

---

(١) في (ز) و(ح): لأن حظ الرهن.

إلا أن يَشهَدا بِملكه، أو في يَده، أو في يَد مُودَعِه، أو مُستَعيرِه، ......

(إلا أن يَشهَدا) أي الشّاهِدان (بِملكه) أي بِمِلك الْمُورِّثِ، بأن يَقولا: كانَت لأبِيه يومَ مَوتِه؛ لأنه إذا ثَبَت مِلكُه كان جرًّا ضَرورةً..

(أو) أن يَشهَدا أنها كانَت (في يَده) عند الموتِ؛ لأن فيه جرًّا أيضًا؛ لأن يدَه إن كانَت يدَ مِلكٍ عند الموتِ فظاهِرٌ، وإن كانَت يدَ أمانةٍ، فكذلك الحُكمُ؛ لأن الأيديَ في الأمانات عند الموتِ تَنقلِب يدَ مِلكٍ بواسِطةِ الضَّمانِ، إذا مات مُجهِّلًا، والْمَضمونُ يَملِكه الضّامِنُ على ما عُرِف، فيكونُ إثباتُ اليدِ في ذلك الوَقتِ إثباتًا للمِلك.

(أو) أن يَشهَدا أنها كانَت (في يَد مُودَعِه) بفَتح الدّالِ، أي مُودَعِ الْمُورِّثِ؛ لأن إثباتَ يدِ من يَقومُ مَقامَه إثباتٌ ليَده، فيُغني إثباتُ الْمِلكِ وقتَ الموتِ عن ذِكر الجرِّ، فاكتُفِي به عنه.

(أو) أن يَشهَدا أنها كانَت في يدِ (مُستَعيرِه) أي مُستَعيرِ الْمُورِّثِ وقت الموت؛ لما ذكَرْنا، وكذا مُستأجَرُه، ومُرتهِنُه، وغاصِبُه، وهذا عندهما، وعند أبي يوسف: الجرُّ ليس بشَرطٍ، بل إذا أثبَت الوارِثُ أن العَينَ كانَت للمُورِّث يَكفي؛ لأن مِلكَ الْمُورِّثِ قد ثَبَت بقَول الشُّهودِ: كانَت له.

ولهُما: أن مِلكَ الوارِثِ مُتجدِّدٌ ثَبَت له بعد أن لم يكن ثابِتًا، فلا بُدَّ من إثبات النَّقلِ إليه، وذلك بالجرِّ الصُّوريِّ أو الْمَعنَويِّ، وهو الذي ذكَرْناه.

ولو شَهِدا بيَدِ حيٍّ مُنذُ شهرٍ: رُدَّت، ولو أقَرَّ الْمُدَّعى عليه بذلك، أو شَهِد شاهِدان أنه أقَرَّ أنه كان في يَد الْمُدَّعِي: دُفِع إلى الْمُدَّعِي.

(ولو شَهِدا) أي الاثنانِ أن هذه العَينَ كانَت (بيَدِ) شخصٍ (حيٍّ مُنذُ شهرٍ: رُدَّت) هذه الشَّهادةُ عندهما، وعن[1] أبي يوسف: أنها تُقبَل؛ لأن اليدَ مَقصودةٌ كالْمِلك، فوَجَب أن تُقبَلَ.

ولهما: أن الشَّهادةَ قامَت بمَجهولٍ؛ لأن اليدَ مُتنوِّعةٌ إلى مِلكٍ وأمانةٍ وضَمانٍ، فلا يُمكِنُ القَضاءُ بالْمَجهولِ، بخِلاف الْمِلك؛ لأنه مَعلومٌ غيرُ مُتنوِّعٍ.

وقَيَّد بالحيِّ: لأنهما إذا شَهِدا لِمَيْتٍ أنها كانَت في يَده وقتَ الموتِ: تُقبَل اتِّفاقًا.

(ولو أقَرَّ الْمُدَّعى عليه بذلك) أي باليَد للمُدَّعي (أو شَهِد شاهِدان أنه) أي أن الْمُدَّعى عليه (أقَرَّ أنه) أي أن الْمُدَّعى به (كان في يَد الْمُدَّعي) مُنذُ شهرٍ (دُفِع[2]) الْمُدَّعى به (إلى الْمُدَّعِي) لأن الإقرارَ مَعلومٌ، فتَصِحُّ الشَّهادةُ به، وجَهالةُ الْمُقَرِّ به لا تَمنَعُ صِحَّةَ الإقرارِ، واللهُ أعلمُ.

---

(١) في (هـ): وعند.
(٢) في (أ): دفع المال.

﴿ باب الشَّهادةِ على الشَّهادة ﴾

تُقبَل فيما لا يَسقُطُ بالشُّبهة، إن شَهِد رَجُلان على شَهادة شاهِدَين.

هذا (باب) في بَيان أحكامِ (الشَّهادةِ على الشَّهادة)

(تُقبَل) الشَّهادةُ على الشَّهادة (فيما) أي في المَوضِع الذي (لا يَسقُطُ بالشُّبهة) احتَرَز به عن الحُدود والقِصاصِ؛ لأنهما يَسقُطان بالشُّبهة، فلا تَجوزُ فيهما، وعند الثَّلاثةِ: تجوزُ فيهما أيضًا، إلا في قولٍ للشّافعيِّ وروايةٍ عن أحمدَ.

وذَكَر النّاطِفيُّ أنها لا تَجوزُ في الوَقف أيضًا، والصَّحيحُ أنها تجوزُ؛ إحياءً له، وصَونًا عن اندِراسه.

وأشارَ إلى شَرط جَوازِ الشَّهادةِ على الشَّهادة بقَوله: (إن شَهِد رَجُلان على شَهادة شاهِدَين) أي على شَهادةِ كلٍّ واحِدٍ من الشّاهِدَين الأصلَين[1]؛ لأن كلَّ واحِدةٍ من الشَّهادتَين قَضِيّةٌ، فلا بُدَّ من تَمام النِّصابِ على كلِّ واحِدٍ منهما ليَثبُتَ عند الحاكِم.

ولا يُشتَرط تَغايُرُ الفُروعِ، حتى لو أشهَد أحَدُهما على شَهادته رَجُلَين، وأشهَدهما الآخَرُ بعَينهما: جاز.

ولو شَهِد كلٌّ من الفَرعَين على شَهادة كلِّ واحِدٍ من الأصلَين بانفِراده: لا يجوزُ.

---

(١) في (ح): الأصليين.

....

وكان القِياسُ أن يكونَ[1] شُهودُ الفَرعِ أربَعةٌ، على كلِّ شاهِدٍ من الأصل اثنانِ، كما ذَهَب إليه الشّافعيُّ حتى قال: لا يجوزُ حتى يَشهَدَ على كلِّ واحِدٍ منهما رَجُلان غيرُ اللَّذَين أشهَدهما صاحِبُه، فيكونُ شُهودُ الفَرعِ أربَعةً.

وعند[2] أحمدَ: إذا شَهِد كلُّ واحِدٍ من شُهود الفَرعِ على واحِدٍ من شُهود الأصلِ: جاز، كذا في كِتابِهم الْمُسمّى بـ «الْمُستَوعِب»[3].

ولنا: ما رُوِي عن عليٍّ رَضِيَ اللهُ عَنْهُ: لا يجوزُ على شَهادة رَجُلٍ إلا شَهادةُ رَجُلَين[4]، مُطلقًا من غَير تَقييدٍ، بأن يكونَ بإزاء كلِّ رجلٍ فَرعان، ولأن

---

(١) في (د): أن لا يكون.

(٢) في (أ): وعن.

(٣) هو للعلامة الشيخ محمد بن عبد الله بن الحسين، السامُرِّيّ البغدادي، المعروف بابن سُنَينة، المتوفى سنة (٦١٦ هـ).
قال ابن قدامة في «الشرح الكبير» ١٠٨/١٢: مسألة: وتثبت شهادة شاهدي الأصل بشهادة شاهدين يشهدان عليهما، سواء شهدوا على كل واحد منهما، أو شهد على كل واحد منهما شاهد من شهود الفرع، وقال أبو عبد الله بن بطة: لا يثبت حتى يشهد أربعة، على كل شاهد أصل شاهدا فرع.
وجملة ذلك أنه يجوز أن يشهد على كل واحد من شاهدي الأصل شاهد فرع، فيشهد شاهدا فرع على شاهدي أصل، قال القاضي: لا يختلف كلام أحمد في هذا.

(٤) قال العلامة قاسم في «منية الألمعي» ص٥٠: رواه محمد في «الأصل» (٥١٥/١١) بلاغًا، وقال الزيلعي في «نصب الراية» ٨٧/٤: غريب، وروى عبد الرزاق في «مصنفه» (١٥٤٥٠) عن عليٍّ قال: لا يجوز على شهادة الميت إلا رجلان. انتهى، وروى ابن أبي شيبة في «مصنفه» (٢٣٠٨٠) عن الشعبي، قال: لا تجوز شهادة =

ولا تُقبَل شَهادةُ واحِدٍ على شَهادة واحِدٍ.

والإشهادُ أن يَقولَ: اشهَد على شَهادتي أني أشهَدُ أن فُلانًا أقَرَّ عندي بكذا.

وأداءُ الفَرعِ أن يَقولَ: أشهَدُ أن فُلانًا أشهَدني على شَهادته أنَّ فُلانًا أقَرَّ عنده بكذا، وقال لي: اشهَد على شَهادتي بذلك.

الرَّجُلَين يَنقُلان شَهادةَ الأصلِ، وهو من الحُقوق، وقد تمَّ على هذا الحقِّ نِصابُ الشَّهادةِ.

(ولا تُقبَل شَهادةُ واحِدٍ على شَهادة واحِدٍ) لما رَوَينا، وعند الأوزاعيِّ وابنِ أبي لَيلى وأحمدَ: تجوزُ.

(و) صِفةُ (الإشهاد أن يَقولَ) الأصلُ للفَرع (اشهَد على شَهادتي أني أشهَدُ أن فُلانًا أقَرَّ عندي بكذا) لأنه كالنّائب عن الأصل، فلا بُدَّ من التَّحميل والتَّوكيلِ (و) صِفةُ (أداءِ) الشّاهدِ (الفَرعِ أن يَقولَ) عند الأداءِ عند الحاكِمِ (أشهَدُ أن فُلانًا أشهَدني على شَهادته أن فُلانًا أقَرَّ عنده بكذا، وقال لي: اشهَد على شَهادتي بذلك) وهذا فيه خَمسُ شِيناتٍ، وهو الأحسَنُ فيما ذَكَروه.

وذَكَر الخَصّافُ أنه يَحتاجُ إلى أن يَأتيَ بلَفظ الشَّهادةِ ثَمانِ مَرّاتٍ، وهو أن يَقولَ: أشهَدُ أن فُلانًا أشهَدني على شَهادتِه، وهو يَشهَد أن فُلانًا أقَرَّ

= الشاهد على الشاهد، حتى يكونا اثنين. انتهى. وانظر «إعلاء السنن» ١٥/ ٢٧٢، فقد عزاه لعلي رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ ابن حزم في «المحلى».

ولا شَهادةَ للفَرعِ بلا مَوت أصلِه، أو مرَضِه، أو سفَرِه.

عنده بكذا، وأَشهَده[1] على إقراره وقال لي: اشهَد على شَهادتي، وأنا أشهَدُ بذلك، وهو الأحوَطُ فيما ذكَروه.

ومنهُم مَن قال: أربعٌ، وهو أن يَقولَ: أشهَدُ[2] أن فُلانًا قال لي: اشهَد على شَهادتي، وأنا أشهَدُ.

ومنهُم من قال: ثَلاثٌ، وهو أن يَقولَ: أشهَدُ أن فُلانًا قال لي: اشهَد على شَهادتي، أو أَشهدُ[3] أن فُلانًا أشهَدني على شَهادتِه، وقال صاحِبُ «الاختيارِ»: وهو أقَلُّ ما قِيل فيه.

قُلتُ: ذَكَر محمدٌ في «السِّيَر الكَبيرِ»: أن يقولَ: أَشهدُ على شَهادة فُلانٍ بكذا، فيَذكُر فيه شِيئَين لا غيرُ، وهو اختيارُ الفَقيهِ أبِي اللَّيثِ وأبِي جَعفرٍ وشَمسِ الأئِمّةِ السَّرَخسيِّ، وهو أسهَلُ وأيسَرُ.

(ولا شَهادةَ للفَرعِ بلا مَوت أصلِه) أي أصلِ الفَرعِ (أو مرَضِه) بما لا يَستطيعُ الحُضورَ معه إلى مَجلِس الحُكمِ[4] (أو سفَرِه) أي أو سفَرِ الأصلِ ثَلاثةَ أيّامٍ؛ لأن جَوازَها للحاجةِ عند عجزِ الأصلِ، وهو يَتحقَّقُ بهذه الأشياءِ.

وعن أبي يوسف: أنه إن كان في مَكانٍ لو غَدا لأداءِ الشَّهادةِ لا يَقدِرُ أن يَبيتَ في مَنزِله: جاز الإشهادُ؛ إحياءً لحُقوق النّاسِ، وعليه أكثَرُ

---

(1) في (أ) و(هـ): أو أشهده.

(2) في (ج): اشهدوا.

(3) في (د): واشهد.

(4) في (هـ): مجلس القاضي.

فإن عَدَّلهم الفُروعُ: صحَّ، وإلا عُدِّلوا.

الْمَشايخِ، وعن محمدٍ: أنه يجوزُ كيفما كان، حتى رُوِيَ عنه أنه إذا كان الأصلُ في زاوِيةِ المسجدِ، فشَهِد الفَرعُ على شَهادته في زاوِيةٍ أُخرى من ذلك المسجدِ: تُقبَل شَهادتُهم.

وفي «النِّهاية»: ذَكَر شمسُ الأئِمّةِ السَّرَخسيُّ، والقاضِي الإمامُ عليٌّ السُّغْديُّ[1] في «شَرح أدَبِ القاضِي» للخَصّاف: إذا شَهِد الفُروعُ على شَهادة الأُصولِ والشُّهودُ[2] في الْمِصر: يجبُ أن يجوزَ على قَولهما، وعلى قَول أبي حنيفةَ: لا يجوزُ؛ بِناءً على أن التَّوكيلَ بالخُصومة بغَير رِضا الخَصمِ لا يجوزُ عنده، خِلافًا لهما.

وفي «الْمُنتقى»: قال محمدٌ: أَقبلُ الشَّهادةَ على الشَّهادة والْمَشهودُ على شَهادتِه في الْمِصر، من غَير مَرَضٍ به ولا عِلّةٍ.

(فإن عَدَّلهم) أي الأُصولَ (الفُروعُ: صحَّ) تَعديلُهم؛ لأن الفُروعَ من أهل التَّزكيةِ، فيَصِحُّ تَعديلُهم شُهودَ الأصلِ، وكذا إذا عَدَّل أحدُ الشّاهِدَين صاحِبَه (وإلا) أي وإن لم يُعدِّلهم الفُروعُ (عُدِّلوا) أي الأُصولُ بسُؤال غيرِ الفُروعِ عنهم؛ لأن الْمَأخوذَ على[3] الفُروع النَّقلُ دون التَّعديلِ، هذا عندَ أبي يوسف.

(١) في (ب) و(ج) و(د) و(هـ): السعدي.
(٢) في (أ): والأصول.
(٣) في (ز): عن، وفي (ح): من.

وتَبطُل شَهادةُ الفَرعِ بإنكار الأصلِ الشَّهادةَ.

ولو شَهِدا على شَهادة رَجُلَين، على فُلانةٍ بِنتِ فُلانٍ الفُلانِيّةِ بألفٍ، وقالا: أخبَرانا أنهما يَعرِفانها، فجاء بامرَأةٍ، وقالا: لم نَدْرِ هي هذه

وأوجَب محمدٌ تَعديلَ الفُروعِ الأصولَ، حتى لا تُقبَلُ الشَّهادةُ إذا لم يُعدِّلوهم؛ لأن الشَّهادةَ تَعتمِد العَدالةَ، فإذا سَكَتوا صاروا شاكِّين[1] فيما شَهِدوا به، فلا تُقبَلُ.

(وتَبطُل شَهادةُ الفَرعِ بإنكار الأصلِ الشَّهادةَ) أي الإشهادَ، بأن قال شُهودُ الأصلِ: لم نُشهِدهم على شَهادتِنا، فماتُوا أو غابُوا، ثم جاء الفَروعُ وشَهِدوا عند الحاكِمِ: لم تُقبَل شَهادتُهم؛ لأن التَّحميلَ شَرطٌ، ولم يُوجَد[2].

(ولو شَهِدا) أي الاثنانِ (على شَهادة رَجُلَين على فُلانةٍ بِنتِ فُلانٍ) على فاطِمةَ بِنتِ عليٍّ مثلًا (الفُلانِيّةِ) الْمِصريّةِ مثلًا، أنها أقَرَّت (بألف) دِرهَمٍ مثلًا لفُلانٍ (وقالا) أي الشّاهِدان الفَرعان (أخبَرانا) أي الشّاهِدان الأصلانِ (أنهما) أي الأصلَين (يَعرِفانها) أي فُلانةٌ الْمَذكورةُ..

(فجاء) الْمُدَّعي -وهو الْمُقَرُّ له- (بامرَأةٍ، وقالا) أي الشّاهِدان الفَرعان (لم نَدْرِ) أي لم نَعلَم أ(هي) أي فُلانةُ (هذه) أي التي جاء بها

---

(١) في سوى (ز) و(ح): ساكتين. وانظر «الاختيار» ٢/ ١٥٢.

(٢) للتعارض بين خبر الأصول وبين خبر الفروع؛ لأن الأصول يحتمل أن يكونوا صادقين بذلك فلا يثبت التحميل مع الاحتمال. «التبيين» ٤/ ٢٤١.

أم لا . . قِيل للمُدَّعي: هاتِ شاهِدَين أنها فُلانةٌ.

وكذا كِتاب القاضِي إلى القاضِي.

ولو قالا فيهما: ....

الْمُدَّعي (أم لا.. قِيل للمُدَّعي) وهو الْمُقَرُّ له (هاتِ) أي أحضِر (شاهِدَين) آخَرَين يَشهَدان (أنها) أي أن هذه الْمَرأةَ هي (فُلانةٌ) الْمَذكورةُ؛ لأن التعريفَ بالنِّسبة قد تَحقَّق بشَهادتِهما، والْمُدَّعي يَدَّعي أن تلك النِّسبةَ للحاضِرة، ويَحتمِل أن تَكونَ لغَيرها، فلا بُدَّ من إثبات تلك النِّسبةِ للحاضِرةِ.

(وكذا) الحُكمُ في (كِتاب القاضِي إلى القاضِي) بأن[1] كَتَب أن فُلانًا وفُلانًا شَهِدا عندي بكذا من المال على فُلانةِ بِنتِ فُلانٍ الفُلانيّةِ[2]، وأحضَر الْمُدَّعي امرَأةً عند القاضِي الْمَكتوبِ إليه، وأنكَرت الْمَرأةُ أن تكونَ هي الْمَنسوبةَ بتلك النِّسبةِ، فلا بُدَّ من شاهِدَين آخَرَين يَشهَدان أنها هي الْمَنسوبةُ بتلك النِّسبةِ، كما في الْمَسألة الأُولى[3].

(ولو قالا) أي الشّاهِدان الأَصلان (فيهما) أي في الفَصلَين: فَصلِ الشَّهادةِ على الشَّهادة، وفَصلِ كِتابِ القاضِي إلى القاضِي: فُلانةُ بِنتُ

---

(١) في (ب) و(د) و(هـ): فإن.

(٢) في (هـ): بنت فلان الغائبة. وانظر «التبيين» ٤/ ٢٤١.

(٣) ولا فرق بينهما إلا من حيث إن القاضي الكاتب لولايته ينفرد بنقل الشهادة إليه، وفي الشهادة على الشهادة لا بد من اثنين على كل أصل على ما بَيَّنا. «التبيين» ٤/ ٢٤١.

التَّميميَّةُ: لم يَجُز، حتى يَنسُباها إلى فَخِذها.

فُلانٍ (التَّميميَّةُ: لم يَجُز حتى يَنسُباها) أي فُلانةَ (إلى فَخِذها) وهو الجَدُّ الأعلى؛ لأن التَّعريفَ شرطٌ فيه، ولا يَحصُل ذلك بالنِّسبة إلى العامّة، وهي عامّةٌ، ويَحصُل بالنِّسبة إلى الخاصّة، والنِّسبةُ إلى الفَخِذ خاصّةٌ؛ لأن أوَّلَ النَّسَبِ الشَّعبُ، ثم القَبيلةُ، ثم الفَصيلةُ، ثم العَمارةُ، ثم البَطنُ، ثم الفَخِذُ، فكان أخَصَّ من الكلّ.

وجَعَل الزَّمَخشرِيُّ الفَصيلةَ آخِرَ الكلِّ، فالشَّعبُ مَجمَعُ القَبائلِ، والقَبيلةُ مَجمَعُ العَمائرِ، والعَمارة مَجمَعُ البُطونِ، والبَطنُ مَجمَعُ الأفخاذِ، والفَخِذُ مَجمَعُ الفَصائلِ، مثلًا: خُزيمةُ شَعبٌ، وكِنانةُ قَبيلةٌ، وقُرَيشٌ عَمارةٌ، وقُصَيٌّ بَطنٌ، وهاشِمٌ فَخِذٌ، والعبّاسُ فَصيلةٌ.

وسُمِّي الشَّعبُ شَعبًا: لأن القَبائلَ تَتشعَّبُ[1] منه.

والمَقصودُ من النَّسب حُصولُ العِلمِ بالمَنسوب، وذلكَ يَحصُل بالنَّسب إلى الخاصِّ دون العامِّ، وبنُو تَميمٍ عامٌّ، فلا يَحصُلُ العِلمُ بالنِّسبة إليه.

وقال الأُسْتروشَنيُّ في «فُصوله»: ورَأيتُ في مَوضِعٍ ثِقةٍ: ولو ذُكِر اسمُه واسمُ أبيه وفَخِذُه وصناعتُه، ولم يُذكَر الجدُّ: يُقبَل، وشَرطُ التَّعريفِ ذِكرُ ثَلاثةِ أشياءَ.

فعلى هذا: لو ذُكِر لَقَبُه واسمُه واسمُ أبيه هل يَكفي؟ فيه اختِلافُ المَشايخِ، والصَّحيحُ أنه لا يَكفي، وفي اشتِراط ذِكر الجدِّ اختِلافٌ،

---

(١) في (ج): تنشعب.

ولو أقَرَّ أنه شَهِد زُورًا: يُشهَّرُ، ولا يُعزَّرُ.

فإذا قَضى القاضِي بدون ذِكرِ الجدِّ يَنفُذُ؛ لأنه وَقَع في فَصلٍ مُختلَفٍ فيه، قاله في «الغاية».

وفي «فَتاوى» قاضِي خانَ: وإن حَصَل التَّعريفُ باسمِه واسمِ أبِيه ولقَبِه: لا يُحتاجُ إلى ذِكر الجدِّ، وإن كان لا يَحصُل بذِكر الأبِ والجدِّ: لا يُكتَفى بذلك.

(ولو أقَرَّ أنه شَهِد زُورًا: يُشهَّرُ) عند أبي حنيفةَ، والتَّشهيرُ: أن يَبعَثَ به القاضِي إلى مَحَلّته، فيُقالَ لهم: إنَّا وَجَدنا هذا شاهِدًا لزُورٍ، فاحذَروه.

(ولا يُعزَّرُ) أي ولا يُضرَب، وقالا: يُضرَب ويُحبَس إن لم يُحدِث تَوبةً؛ لأنه ارتَكَب مَحظورًا، فيُعزَّر، وبه قالَت الثَّلاثةُ.

وله: أن هذا أشدُّ من التَّعزير، ولأن شُرَيحًا رَضِيَ اللهُ عَنْهُ كان يُشهِّر ولا يَضرِب[١]، وهو وإن كان تابِعيًّا لكنه زاحَم الصَّحابةَ في الفَتوى، وسَوَّغوا له في الاجتِهاد[٢].

---

(١) رواه ابن أبي شيبة (٢٣٠٤٤)، والبيهقي (٢٠٤٩٧)، وانظر «نصب الراية» ٤/ ٨٨، وورد من فعل سيدنا عليٍّ رَضِيَ اللهُ عَنْهُ، كما عند البيهقي (٢٠٤٩٥).

(٢) حتى روي عن أبي حنيفة رضي الله تعالى عنه أنه يقلدهم، وعَدَّهم فقال: مثل مسروق والحسن وعلقمة وشريح. ومن كان في رتبتهم من التابعين فيكون في الحقيقة على هذا تقليده للصحابة رَضِيَ اللهُ عَنْهُمْ أجمعين، لتجويزهم فعلهم وقولهم، لا سيما شريح، فإنه كان قاضيًا في زمن عمر رضي الله تعالى عنه ومن بعده من الخلفاء، فيكون فعله مشهورًا بينهم، وكيف لا يكون وهو بمحضر منهم، فيكون تقليده تقليدًا لهم ضرورة. «التبيين» ٤/ ٢٤٢.

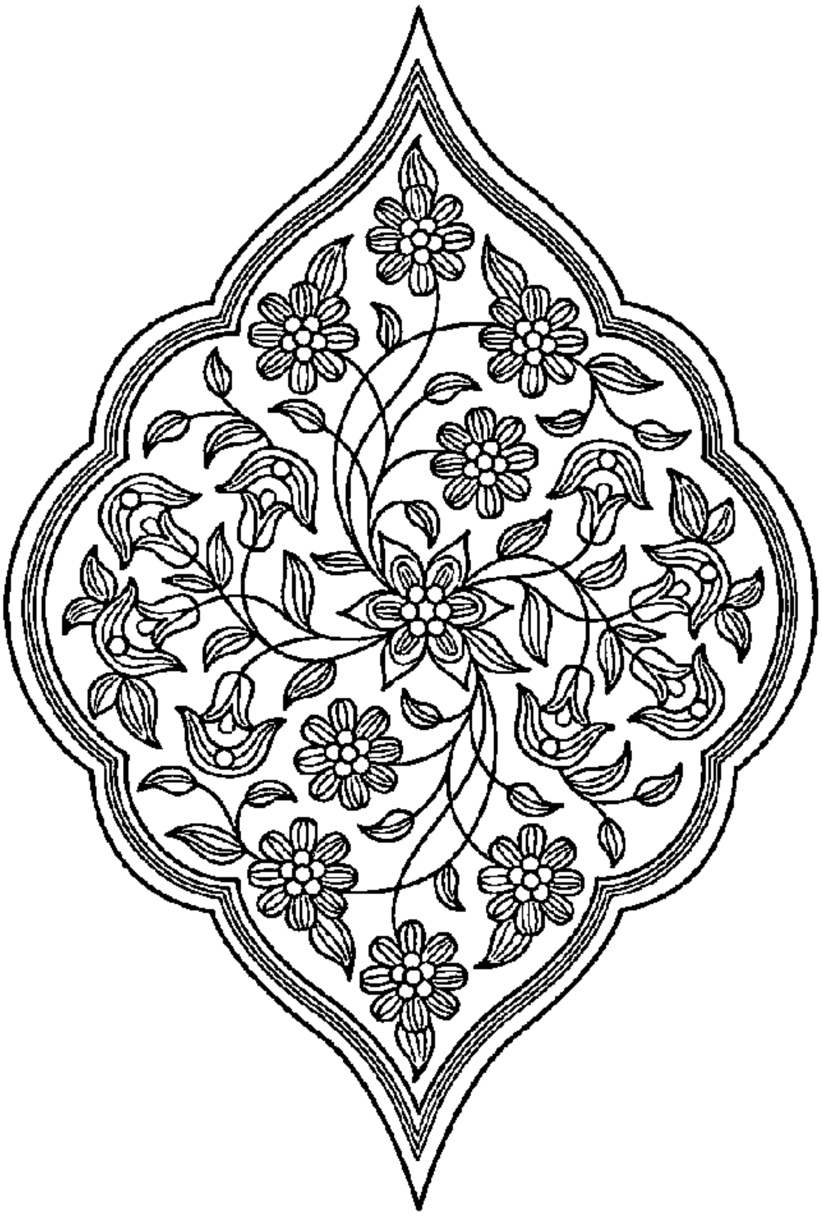
....

وقال الإمامُ الحاكِمُ أبو محمدٍ الكاتِبُ[1]: هذه الْمَسألةُ على ثَلاثة أوجُهٍ:
أحَدُها: أن يَرجِعَ على سَبيل التَّوبةِ والنَّدامةِ، فإنَّه لا يُعزَّرُ بالإجماعِ.
والثّاني: أن يَرجِعَ من غَير تَوبةٍ، وهو مُصِرٌّ على ما كان، فإنه يُعزَّر بالإجماع.
والثّالثُ: أن لا يُعلَمَ رُجوعُه بأيِّ سببٍ، فإنه على الاختِلاف الْمَذكورِ.
ونَبَّه بقَوله: (أقَرَّ) أنه شَهِد زُورًا كاذِبًا مُتعمِّدًا، وأما إذا قال: غَلِطتُ، أو: نَسِيتُ، أو: أخطَأتُ، أو رُدَّت شَهادتُه لتُهَمةٍ، أو لمُخالَفةٍ بين الدَّعوى والشَّهادةِ: فإنه لا يُعزَّرُ.
والرِّجالُ والنِّساءُ وأهلُ الذِّمّةِ في شهادة الزُّورِ: سواءٌ.
وهل تُقبَل شَهادتُه بعد ذلك إذا تاب؟ قالُوا: إن كان فاسِقًا تُقبَل؛ لأن الذي حَمَله على الشَّهادة الباطِلةِ فِسقُه، فإذا تاب وظَهَر صَلاحُه: تُقبَل؛ لزَوال الفِسقِ.
واختَلَفوا في مِقدار مُدّةِ التَّوبةِ، فقَدَّره بَعضُهم بسِتّة أشهُرٍ، وبَعضُهم بسَنةٍ، والصَّحيحُ أنه مُفوَّضٌ إلى رَأي القاضِي، وإن كان عَدْلًا أو مَستورًا: لا تُقبَل شَهادتُه أبدًا؛ لأن عَدالتَه لا تُعتَمَد، وعن أبي يوسف: أن شَهادتَه تُقبَل، ويه يُفتى، والله أعلم.

---

(١) عبد الرحمن بن محمد بن محمد بن محمد، الكاتب، الحاكم، الإمام، تفقه على أبي بكر محمد بن الفضل الكماري. «الجواهر المضية» ١/ ٣٠٨.

كتاب الرجوع عن الشهادة



كتاب الرُّجوعِ عن الشَّهادة

لا يَصِحُّ الرُّجوعُ عنها إلا عند قاضٍ.

فإن رَجَعا قبل حُكمِه: لم يَقضِ، وبعده: لم يَنقُض، ....

هذا (كِتاب) في بَيان أحكامِ (الرُّجوعِ عن الشَّهادة)

(لا يَصِحُّ الرُّجوعُ عنها) أي عن الشَّهادة (إلا عند قاضٍ) لأنه فسخٌ للشَّهادة، فيَختصُّ بما تَختصُّ به الشَّهادةُ من مَجلِس الحاكِم، أيُّ حاكِم كان، فإذا كان الرُّجوعُ عند غيرِه لم يَصِحَّ، فلو أقامَ الْمَقضِيُّ عليه بشَهادتِهما بَيِّنةً بأنهما رَجَعا عند غيرِ القاضِي، أو طَلَب يَمينَهما: لا تُقبَل بَيِّنتُه، ولا يُحلَّفان؛ لأنه ادَّعى رُجوعًا باطِلًا..

بخِلاف ما إذا أقرّا أنهما رَجَعا عند غيرِ القاضِي؛ حيث يَصِحُّ إقرارُهما وإن أقرّا برُجوعٍ باطِلٍ؛ لأن إقرارَهما به يُجعَل رُجوعًا منهما في الحال، وبخِلاف ما إذا أقامَ البَيِّنةَ أنهما رَجَعا عند قاضٍ آخَرَ غيرِ الذي كان قَضى بالحقّ؛ حيثُ تُقبَل هناك بَيِّنتُه؛ لأنه ادَّعى رُجوعًا صَحيحًا.

(فإن رَجَعا) أي الشّاهِدان (قبل حُكمِه) أي قبل حُكمِ القاضِي بشَهادتِهما (لم يَقضِ) بها؛ لأن كَلامَهما مُتناقِضٌ، ولا ضَمانَ عليهما لأحَد الخَصمَين؛ لأنهما لم يُتلِفا شيئًا على أحَدٍ (و) إن رَجَعا (بعده) أي بعد حُكمِ القاضِي بشَهادتِهما (لم يَنقُض) الحُكمَ؛ لأن الأوَّلَ تَرجَّح باتِّصال الحُكمِ به.

وضَمِنا ما أتلَفاه للمَشهود عليه، إذا قَبَض الْمُدَّعي المالَ دَيْنًا أو عَيْنًا.

(وضَمِنا) أي الشّاهِدان اللَّذان رَجَعا (ما أتلَفاه للمَشهود عليه) وهو الْمُدَّعى عليه (إذا قَبَض الْمُدَّعي المالَ) سواءٌ كان (دَيْنًا أو) كان (عَيْنًا) لأن التَّسبُّبَ على وَجه التَّعدِّي يُوجِبُ الضَّمانَ، كحَفر البِئرِ، ووَضعِ الحجَرِ على الطَّريق، وهذا بالإجماع، إلا في قَولٍ للشّافعيِّ: لا يَضمَنان؛ لأنه لا عِبرةَ للتَّسبُّب مع وُجودِ الْمُباشَرة.

قُلنا: القاضِي هو الْمُباشِرُ، ولا يُمكِن إيجابُه عليه؛ لأنه مُلجِئٌ، ولا على الْمُدَّعي؛ لأن الحُكمَ قد مَضى، فتَعيَّن صاحِبُ السَّبَب.

ومن العَجَب أنه يُوجِب القِصاصَ عليهم إذا رَجَعوا بعدما قَتَله الوليُّ، وهو يَسقُط بالشُّبهة، وأمرُ الدَّمِ أعظَمُ، ولا يُوجِبُ المالَ، وهو يَثبُت بالشُّبهة!

فإن قُلتَ: أنتم أيضًا أوجَبتُم المالَ على الشّاهِد إذا رَجَع، ولم تُوجِبوا عليه القِصاصَ، وكلٌّ منهما جَزاءُ الجِنايةِ.

قُلتُ: القِصاصُ نِهايةُ العُقوبةِ، فلا يجبُ إلا بنِهاية الجِنايةِ، والتَّسبُّبُ فيه قُصورٌ، ولهذا لا يُعتبَر مع الْمُباشَرة إلا إذا تَعذَّر اعتِبارُ الْمُباشَرة، فكانَت فيه شُبهةٌ، والقِصاصُ يَسقُط بالشُّبهة دون ضَمانِ المالِ.

وقَولُه: (دَيْنًا أو عَيْنًا) اختِيارُ شمسِ الأئِمّةِ السَّرَخسيِّ، وقال شيخُ الإسلامِ: إن كان الْمَشهودُ به[1] دَيْنًا فكذلك، وإن كان عَينًا يجبُ

(١) في سوى (أ) و(هـ): فيه.

فإن رَجَع أحَدُهما: ضَمِن النِّصفَ، والعِبرةُ لمن بَقِي، لا لمن رَجَع، فإن شَهِد ثَلاثةٌ ورَجَع واحِدٌ: لم يَضمَن، ....

على الشُّهود الضَّمانُ وإن لم يَقبِض الْمَشهودُ له[1].

وكذلك في العَقار يَضمَنُه قبل القبضِ عندهم؛ لأن العَقارَ يُضمَن بالإتلاف بشَهادة[2] الزُّورِ، بخِلاف الغَصبِ عند أبي حنيفة وأبي يوسف؛ لعَدَم تَحقُّقِه فيه، وهذا الإتلافُ يَتحقَّق فيه؛ لأنه إتلافٌ بالكَلام.

(فإن رَجَع أحَدُهما) أي أحَدُ الشّاهِدَين (ضَمِن النِّصفَ).

(والعِبرةُ) في باب الضَّمانِ (لمن بَقِي) من الشُّهود (لا لمن رَجَع) وفي هذه الْمَسألةِ بَقِي من يَقومُ بنِصف الحقِّ، فيجبُ ضَمانُ النِّصفِ، وعند الثَّلاثةِ: العِبرةُ لمن رَجَع، إلا في رِوايةٍ عنهم: لمن بَقِي، وعندَهم: يجبُ ضَمانُ النِّصفِ على الرّاجع على أصلِهم.

(فإن شَهِد ثَلاثةٌ) أنفُسٍ (ورَجَع واحِدٌ) منهم (لم يَضمَن) شيئًا؛ لأنه بَقِي من يَبقى بشَهادتِه كلُّ[3] الحقِّ، وعند الثَّلاثةِ: يَضمَن الرّاجِعُ ثُلُثَ المالِ.

---

(١) قال الكمال: قال البزازي رَحِمَهُ اللَّهُ في «فتاويه»: والذي عليه الفتوى: الضمان بعد القضاء بالشهادة، قَبَض المدعي المال أوْ لا، وكذا العقار يُضمن بعد الرجوع إذا اتصل القضاء بالشهادة. اهـ «الشرنبلالية» ٢/ ٣٩٢.

(٢) في (ج): كشهادة.

(٣) في (ب): بكل، وفي (هـ): شهادته بكل.

وإن رَجَع آخَرُ: ضَمِنا النِّصفَ.

وإن شَهِد رجلٌ وامرَأتان، فرَجَعت امرَأةٌ: ضَمِنت الرُّبُعَ، فإن رَجَعتا: ضمنتا النصفَ.

وإن شَهِد رجلٌ وعَشرُ نِسوةٍ، فرَجَعت ثَمانٍ: لم يَضمَنَّ، فإن رَجَعت أُخرى: ضَمِنَّ رُبُعَه، وإن رَجَعوا: فالغُرمُ بالأسداس.

(وإن رَجَع آخَرُ) مع الذي رَجَع من الثَّلاثة (ضَمِنا) أي الرّاجِعان (النِّصفَ) لأنه بَقِي منهم واحِدٌ، فيَبقى ببَقائه نِصفُ الحقِّ، وعندَهم: يَضمَنان الثُّلُثَين.

(وإن شَهِد رجلٌ وامرَأتان، فرَجَعت امرَأةٌ) واحِدةٌ (ضَمِنت الرُّبُعَ) لبَقاء ثَلاثةِ الأرباعِ ببَقاء رجلٍ وامرَأةٍ (فإن رَجَعتا: ضمنتا النصفَ) إذ الرَّجلُ وحدَه بالنِّصف، وهذا بالإجماع.

(وإن شَهِد رجلٌ وعَشرُ نِسوةٍ، فرَجَعت ثَمانٍ) من النِّسوة (لم يَضمَنَّ) بتَشديد النُّونِ؛ لأنه بَقِي مَن يَبقى بشَهادتِه كلُّ الحقِّ، وهو الرَّجلُ والمَرأتان، وعند الثَّلاثةِ: يَضمَنَّ ثَمانيةَ أجزاءِ النِّصفِ.

(فإن رَجَعت) امرَأةٌ (أُخرى) مع الثَّمانيةِ (ضَمِنَّ) بتَشديدِ النُّونِ أيضًا (رُبُعَه) أي رُبُعَ المُدَّعى به، وعندهم: ضَمِنَّ تِسعةَ أجزاءِ النِّصفِ.

(وإن رَجَعوا) يَعني: كُلُّهم، الرَّجلُ وعَشرُ نِسوةٍ (فالغُرمُ) أي الضَّمانُ عند أبي حنيفةَ (بالأسداس) يَعني: سُدُسُه على الرَّجُل، وخَمسةُ أسداسِه على النِّسوة، وعندهما: على الرَّجُل النِّصفُ وعلى النِّسوةِ النِّصفُ؛ لأنهن وإن كَثُرنَ كرَجُلٍ، وبه قالَت طائِفةٌ من الشّافعيّة.

وإن شَهِد رَجُلان عليه أو عليها بالنِّكاح، بقَدْر مَهرِ مِثلِها، ورَجَعا: لم يَضمَنا، وإن زاد عليه: ضَمِناها.

ولم يَضمَنا في البَيع إلا ما نَقَص من قِيمة الْمَبيعِ.

وله: أن حالةَ اجتِماعِ النِّساءِ مع الرِّجالِ كلُّ امرَأتَين كرَجلٍ، فصارَت عَشَرةُ نِسوةٍ كخَمسة رِجالٍ.

(وإن شَهِد رَجُلان عليه) أي على الرَّجُل (أو عليها) أي أو على الْمَرأة (بالنِّكاح بقَدْر مَهرِ مِثلِها، ورَجَعا) أي الشَّاهِدان (لم يَضمَنا) لأنهما لم يُتلِفا عليهما شيئًا بشَهادتِهما، سواءٌ كانَت هي الْمُدَّعيةَ أو هو، وكذا لو شَهِدا بأقَلَّ من مَهر الْمِثل؛ لأن مَنافِعَ البُضعِ غيرُ مُتقوَّمةٍ عند الإتلافِ[1].

(وإن زاد) الْمَهرُ (عليه) أي على مِثله (ضَمِناها) أي الزِّيادةَ على مَهر الْمِثلِ؛ لأنهما أتلَفاها بشَهادتِهما من غَير عِوَضٍ، هذا إذا كانَت هي الْمُدَّعيةَ، وعند أَشهَبَ المالِكيِّ: لا يَضمَنانِها.

(ولم يَضمَنا) أي الشَّاهِدان بالرُّجوع (في البَيع) بأن شَهِدا على البائِع أنه باع، ثم رَجَعا عن الشَّهادة: لم يَضمَنا له (إلا ما نَقَص من قِيمة الْمَبيعِ) بأن كانَت الشَّهادةُ بأقَلَّ من القِيمة: ضَمِنا النُّقصانَ؛ لأن ذلك الْمِقدارَ أُتلِف عليه بلا عِوَضٍ، سواءٌ كان البيعُ بخِيار الشَّرطِ للبائِع أو كان باتًّا.

---

(١) هذه الجملة غير مثبتة في الأصول سوى (ز) و(ح).

وفي الطَّلاق قبل الوَطءِ: ضَمِنا نِصفَ الْمَهرِ، ....

وإذا كان البيعُ بمِثل القِيمةِ أو أكثرَ: لا يَضمَنان شيئًا؛ لأنهما أتلَفا عليه الْمَبيعَ بعِوَضٍ يُقابِلُه أو يَفوقُه، والإتلافُ بعِوَضٍ كلا إتلافٍ.

هذا إذا شَهِدا بالبيعِ ولم يَشهَدا بنَقدِ الثَّمنِ، وإن شَهِدا بنَقدِ الثَّمَنِ مع شَهادتِهما بالبَيع: يُنظَر.. فإن شَهِدا بالبَيع بألفٍ مَثلًا، فقَضى به القاضِي، ثم شَهِدا عليه بعد القَضاءِ بقَبض الثَّمَنِ، فقَضى به، ثم رَجَعا عن الشَّهادتَين: ضَمِنا الثَّمَنَ.

وإن كان أقلَّ من قِيمة الْمَبيعِ يَضمَنان الزِّيادةَ أيضًا مع ذلك.

وإن شَهِدا عليه بالبَيع وقبضِ الثَّمَنِ جُملةً واحِدةً، فقَضى به، ثم رَجَعا عن شَهادتِهما: يجبُ عليهما القِيمةُ فقط[1].

ولو شَهِدا عليه بالشِّراء، فقَضى به، ثم رَجَعا.. فإن كان بمِثل القِيمةِ أو أقَلَّ: لم يَضمَنا للمُشتَري شيئًا، وإن كان بأكثرَ من قِيمته: ضَمِنا ما زاد عليها للمُشتَري.

(و) لو رَجَعا بعد الشَّهادةِ (في الطَّلاق) بأنه طَلَّق امرَأتَه (قبل الوَطءِ) أي قبل الدُّخولِ بها (ضَمِنا) أي الشَّاهِدان بالرُّجوعِ للزَّوجِ (نِصفَ الْمَهرِ) لأنهما أكَّدا عليه ما كان على شَرَف السُّقوطِ.

---

(١) قال في «رد المحتار» ٥/٥٠٦: بعد ذكر كلام المصنف هذا: لا يظهر تفاوت بين المسألتين في الحكم بالضمان لأنه فيهما يضمن القيمة؛ لأنه في الأولى إن كان الثمن مثل القيمة فبها، وإن كان أقل منها يضمنان الزيادة أيضًا. اهـ.

ولم يَضمَنا لو بعد الوَطءِ.

وفي العَتقِ: ضَمِنا القِيمةَ.

(ولم يَضمَنا) أي الشّاهِدان (لو) شَهِدا أنه طَلَّقها (بعد الوَطءِ) ثم رَجَعا عن الشَّهادة؛ لأن المهرَ تَأكَّد بالدُّخول لا بشَهادتِهما[1]، وقال الشّافعيُّ: يَضمَنان للزَّوجِ مهرَ المِثل.

(و) لو رَجَعا بعد الشَّهادةِ (في العَتقِ) بأنه[2] أعتَق عبدَه، وحَكَم به الحاكِمُ (ضَمِنا القِيمةَ) أي قيمةَ العبدِ لسَيِّده؛ لأنهما أتلَفا عليه ماليّةَ العبدِ من غَير عِوَضٍ، والوَلاءُ للَّذين[3] شَهِدا عليه بالعَتق؛ لأن العَتقَ لا يَتحوَّلُ إليهما بهذا الضَّمانِ، فلا يَتحوَّلُ الوَلاءُ.

وهذا الضَّمانُ لا يَختلِفُ بين أن يَكونا مُوسِرَين أو مُعسِرَين؛ لأنه ضَمانُ إتلافٍ، بخِلاف ضَمانِ الإعتاقِ.

ولو شَهِدا أنه كاتَبَ عبدَه، فقُضِي بالكِتابة، ثم رَجَعا: ضَمِنا قيمتَه كلَّها؛ لأنهما حالا بينه وبين عبدِه، فصارا كالغاصِبَين له، بخِلاف التَّدبيرِ.

---

(1) قال في «التحفة»: ولو شهدا على رجل أنه طلق امرأته ثلاثًا وقد دخل بها، وقضى القاضي، ثم رجعا: لم يضمنا إلا ما زاد على مهر المثل؛ لأن تقدير المهر إتلاف بعوض، وهو استيفاء منافع البضع، ولو كان قبل الدخول.. إن كان المهر مسمًّى: ضَمِنا النصف، وإن لم يكن المهر مسمًّى: يضمنان المتعة؛ لأن ذلك تلف بشهادتهم، ولم يحصل له بمقابلة عوض. اهـ إتقاني. شلبي ٤/ ٢٤٩.

(2) في (أ): بأن.

(3) في (أ) و(ج) و(هـ): للذي.

ثم الشّاهِدان يَتبَعان الْمُكاتَبَ بالكِتابة على نُجومها؛ لأنهما قاما مَقامَ الْمَولى في ذلك حينَ ضَمِنا قيمتَه.

وكان من قَضِيَة الضَّمانِ أن يَملِكاه، لكنِ الْمُكاتِبُ لا يَقبَل النَّقلَ من مِلكٍ إلى مِلكٍ.

ولا يَعتِقُ حتى يُؤدِّيَ ما عليه كما كان قبل رُجوعِهما، فإذا أدّى عَتَق، والوَلاءُ للمَولى؛ لأنه هو الْمُكاتِبُ له، وإنما الشّاهِدان قاما مَقامَه في أخذ بدَلِ الكِتابةِ منه لا غيرُ.

ويَطيبُ لهما ما أخَذا من الْمُكاتَب إن كان بدَلُ الكِتابةِ مِثلَ قِيمتِه أو أقلَّ، وإن كان أكثرَ تَصدَّقا بالفَضل.

وإن عَجَز ورُدَّ في الرِّقِّ: كان لِمَولاهُ؛ لأن رَقَبتَه لم تَصِر مِلكًا للشّاهِدَين، كما ذكَرْنا، ويَرُدُّ الْمَولى ما أخَذ من الشّاهِدَين.

ولو اختارَ الْمَولى أن يَتبعَ الْمُكاتَبَ ولا يُضمِّنَ الشُّهودَ: كان له ذلك.

ولو شَهِدا أنه أقَرَّ أن أمَتَه وَلَدت منه، والْمَولى يُنكِرُ، فقُضِي به، ثم رَجَعا.. فإن لم يكن معها ولَدٌ، والْمَولى حيٌّ: يَضمَنان له نُقصانَ قيمتِها، فإذا مات الْمَولى يَضمَنان للوَرَثة باقِيَ قِيمتِها.

وإن رَجَعا والْمَولى ميْتٌ: ضَمِنا جَميعَ قِيمتِها للوَرَثة، وإن كان معها ولَدٌ، والْمَولى حيٌّ: ضَمِنا نُقصانَ قِيمتِها وقِيمةَ جَميعِ الولَدِ.

وإذا مات الْمَولى .. إن لم يكن مع الولَدِ شَريكٌ في الْمِيراث:

وفي القِصاص: الدِّيةَ، ولم يُقتصّا.

لا يَضمَنان له شيئًا، ويَرجِعان على الوَلَد بما قَبَض الأبُ منهما إن كانَت له تَرِكةٌ[1]، وإلا فلا شيءَ على الابن، وإن كان معه شَريكٌ: فإنهما يَضمَنان لشَريكه نَصيبَه من قِيمة الولَدِ ومن باقِي قِيمةِ الأُمِّ، ويَرجِعانِ على الوَلَد بما قَبَض الأبُ منهما إن تَرَك مالًا، ولا يَرجِعان بما أَخَذه منهما شَريكُه، ولا يَضمَنان لشَريكه ما أَخَذه الولَدُ بالإرث.

وإن رَجَعا بعد وَفاةِ الْمَولى.. فإن لم يَكن للوَلَد شَريكٌ: فلا ضَمانَ عليهما، وإن كان له شَريكٌ في الْمِيراث: يَضمَنان له حِصّتَه من قِيمة الولَدِ ومن جَميع قِيمةِ الأُمِّ، ولا يَضمَنان له ما وَرِثه الولَدُ، ولا يَرجِعان على الوَلَد هنا بما أَخَذه منهما شَريكُه.

وإن شَهِدا بعد وَفاتِه[2] والْمَسألةُ بحالها، فقُضِي به، ثم رَجَعا.. فإن لم يكن معها ولَدٌ: ضَمِنا جَميعَ قِيمتِها للوَرَثة، وإن كان معها ولَدٌ: ضَمِنا قِيمتَها، وقيمةَ الولَدِ كلِّها، وما أَخَذه الولَدُ بالإرث.

(و) لو رَجَعا بعد الشَّهادةِ (في القِصاص) بأن شَهِدا أنه قَتَل فُلانًا عَمدًا، فقُضِي به، فقُتِل: ضَمِنا (الدِّيةَ) عندنا (ولم يُقتصّا) أي الشّاهِدان، وقال الشّافعيُّ: عليهما القِصاصُ؛ لأنهما تَسبَّبا لقَتله، قُلنا: التَّسبُّبُ لا يُوجِبُ القِصاصَ، كحَفر البِئر، ووَضعِ الحجَرِ.

---

(١) في (د) و(هـ): شركة.
(٢) في (د): وإن شهدا يقدر مائة والمسألة بحالها. وانظر «التبيين» ٤/ ٢٥٠.

وإن رَجَع شُهودُ الفَرعِ: ضَمِنوا، لا شُهودُ الأصلِ بـ: لم نُشهِد الفَرع على شَهادتنا، أو أشهَدناهم وغَلِطنا.

وإن رَجَع الوليُّ معهما، أو جاء الْمَشهودُ[1] بقَتله حيًّا: فالوليُّ بالخِيار، إن شاء ضَمَّن الوليَّ الدِّيةَ، وإن شاء ضَمَّن الشَّاهِدَين، وأيُّهما ضَمِن لا يَرجِع على صاحِبه عند أبي حنيفةَ، وكذا عندهما إن ضَمَّن الوليَّ، وإن ضَمَّن الشَّاهِدَين فلهما أن يَرجِعا على الوليّ؛ لأنهما عامِلان له في الشَّهادة، فيَرجِعان عليه بما لَحِقهما بها.

(وإن رَجَع شُهودُ الفَرعِ ضَمِنوا[2]) لأن التَّلَفَ يُضافُ إلى شَهادتهم (لا) يَضمَن (شُهودُ الأصلِ بـ: لم نُشهِد) أي بقَولهم: لم نُشهِد شُهودَ (الفَرع على شَهادتنا، أو) بقَولهم: (أشهَدناهم) أي الفُروعَ (و) الحالُ أنَّا (غَلِطنا) لأن القَضاءَ وَقَع بشَهادة الفُروعِ، ولا يُلتفَت إلى كَلامهم بعد القَضاءِ، بخِلاف ما إذا قالُوا ذلك قبل القَضاءِ؛ حيثُ لا يُقضى به؛ لإنكارهم التَّحميلَ، وهو شَرطٌ فيها.

وقال محمدٌ: يَضمَنُ شُهودُ الأصلِ بقَولهم: أشهَدناهم وغَلِطنا[3]؛

---

(١) في (أ): الشهود.

(٢) اعلم أن شهود الفرع إذا رجعوا عن شهادتهم في مجلس القاضي بعد القضاء بشهادتهم: ضمنوا المشهود به؛ لأن إتلاف المشهود به حصل بأدائهم الشهادة في مجلس القاضي، فكان الإتلاف مضافًا إلى شهادتهم، فوجب عليهم الضمان. اهـ إتقاني. شلبي ٤/ ٢٥١.

(٣) اعلم أن الفرعين لا ضمان عليهما في هذه الصورة بالاتفاق؛ لأنهما لم يرجعا عما شهدا. اهـ إتقاني. شلبي ٤/ ٢٥١.

ولو رَجَع الأُصولُ والفُروعُ: ضَمِن الفُروعُ فقط.
ولا يُلتفَت إلى قَول الفُروعِ: كَذَب الأُصولُ، أو غَلِطوا.
وضَمِن الْمُزكُّون بالرُّجوعِ، ....

لأن الفُروعَ نَقَلوا شَهادةَ الأُصولِ، فصار كأن الأُصول حَضَروا مَجلِسَ القاضِي، وبه قال أحمدُ في وجهٍ، ولهما: ما ذكَرْناه، وبه قال الشّافعيُّ ومالِكٌ رَحِمَهُمَاٱللَّهُ.

(**ولو رَجَع الأُصولُ والفُروعُ: ضَمِن الفُروعُ فقط**) يَعني: دون الأُصولِ عندهما، وعند محمدٍ: الْمَشهودُ عليه بالخِيار، إن شاء ضَمَّن الأُصولَ، وإن شاء ضَمَّن الفُروعَ؛ لأن القَضاءَ وَقَع بشَهادة الكُلِّ، فيَتخيَّر، ولهما: أن القَضاءَ وَقَع بشَهادة الفُروعِ، فاختَصَّ بهم الضَّمانُ، وعن أحمدَ: يَضمَن كُلُّهم.

(**ولا يُلتفَت إلى قَول الفُروعِ: كَذَب الأُصولُ، أو غَلِطوا**) يَعني: بعد الحُكمِ بشَهادتهم؛ لأن ما مَضى من الحُكم لا يَنتقِضُ بقَولِهم، ولا يَلزَمُهم غَرامةٌ؛ لأنهم لم يَرجِعوا، وإنما شَهِدوا على غَيرهم بأنهم كَذَبوا[1].

(**وضَمِن الْمُزكُّون بالرُّجوعِ**) عن تَزكِيتهم عند أبي حنيفة؛ لأن شَهادتَهم في مَعنى عِلّةِ العِلّةِ، وقالا: لا ضَمانَ عليهم؛ لأنهم أثنَوا على الشُّهود

---

(١) قال أبو محمد الناصحي في «تهذيب أدب القاضي»: وإن قال اللذان شهدا عند القاضي قد أشهدانا على شهادتهم ولكنهما كذبا في هذه الشهادة، وهذا القول بعد القضاء بشهادتهما: لم يلتفت إليه، ولم يَلزمهما الضمان، وذلك لأنهما يُقِرّان على غيرهما بأنهما كذبا، فلا يقبل قولهما فيه. اهـ «غاية». شلبي ٤/ ٢٥٢.

وشُهودُ اليَمينِ، لا شُهودُ الإحصانِ والشَّرطِ.

خَيرًا، فنَزَلوا مَنزِلةَ شُهودِ الإحصانِ.

(و) يَضمَن (شُهودُ اليَمينِ) صورتُه: شَهِدا بتَعليق العَتقِ بشَرطٍ، أو بتَعليق الطَّلاقِ بشَرطٍ قبل الدُّخولِ، ثم شَهِد آخَران بأن الشَّرطَ الذي عُلِّق عليه العَتقُ أو الطَّلاقُ وُجِد، وقد نَزَل الْمُعلَّقُ، فحُكِم بذلك، ثم رَجَع الجَميعُ: فالضَّمانُ على شُهود اليَمينِ خاصّةً؛ لأن اليَمينَ هو السَّبَبُ، والتَّلَفُ إنما يُضافُ إلى من أثبَت السَّبَبَ دون الشَّرطِ الْمَحضِ.

(لا) يَضمَنُ (شُهودُ الإحصانِ و) لا شُهودُ (الشَّرطِ) صورةُ الأُولى: أن يَشهدَ أربَعةٌ بالزِّنى، ويَشهدَ آخَران أنه مُحصَنٌ، ثم رَجَعوا: فالضَّمانُ على شُهود الزِّنى؛ لأنه عِلّةٌ، ولا ضَمانَ على شُهود الإحصانِ؛ لأنه عَلامةٌ، وليس بشَرطٍ حَقيقةً، وقال زفرُ: يجبُ عليهم أيضًا، وصورةُ الثّانيةِ: ما ذكَرْناه في شُهود اليَمينِ، وفيه أيضًا خِلافُ زفرَ رَحِمهُ اللهُ تَعالى[1].

---

(١) أما شهود الإحصان: فهو يقول: إن الجناية تتغلظ عنده، فصار كحقيقة العلة، ولأنه شرط لوجوب الرجم، والشرط إذا سلم عن معارضة العلة صلح علة، ألا ترى أن حافر البئر يضمن عند عدم من يلقي، والحفر شرط الوقوع فيضاف إليه الحكم.
قلنا: إن الإحصان علامة وليس بشرط حقيقة؛ لأن حقيقة الشرط أن توجد العلة بصورتها، وتتوقف صيرورتها علة على وجود الشرط...
وأما شهود الشرط: فلا يخلو إما أن يرجعوا وحدهم أو مع شهود العلة، وهي التعليق، فإن رجعوا مع شهود اليمين لا يضمنون، وعند زفر رَحِمَهُ اللهُ: يضمنون؛ لأن التلف حصل بشهادة الفريقين جميعًا.

وإن رَجَع شُهودُ الشَّرطِ وحدَهم يَضمَنون عند البعضِ[(١)]، والصَّحيحُ أنهم لا يَضمَنون بحالٍ، نَصَّ عليه في «الزِّيادات»[(٢)].

وإذا شَهِد شاهِدان بالتَّفويض[(٣)]، وشاهِدان بالإيقاع، ثم رَجَعوا: كان الضَّمانُ على شاهِدَي الإيقاعِ؛ لأنه عِلّةٌ، والتَّفويضَ[(٤)] سبَبٌ، واللهُ أعلمُ.

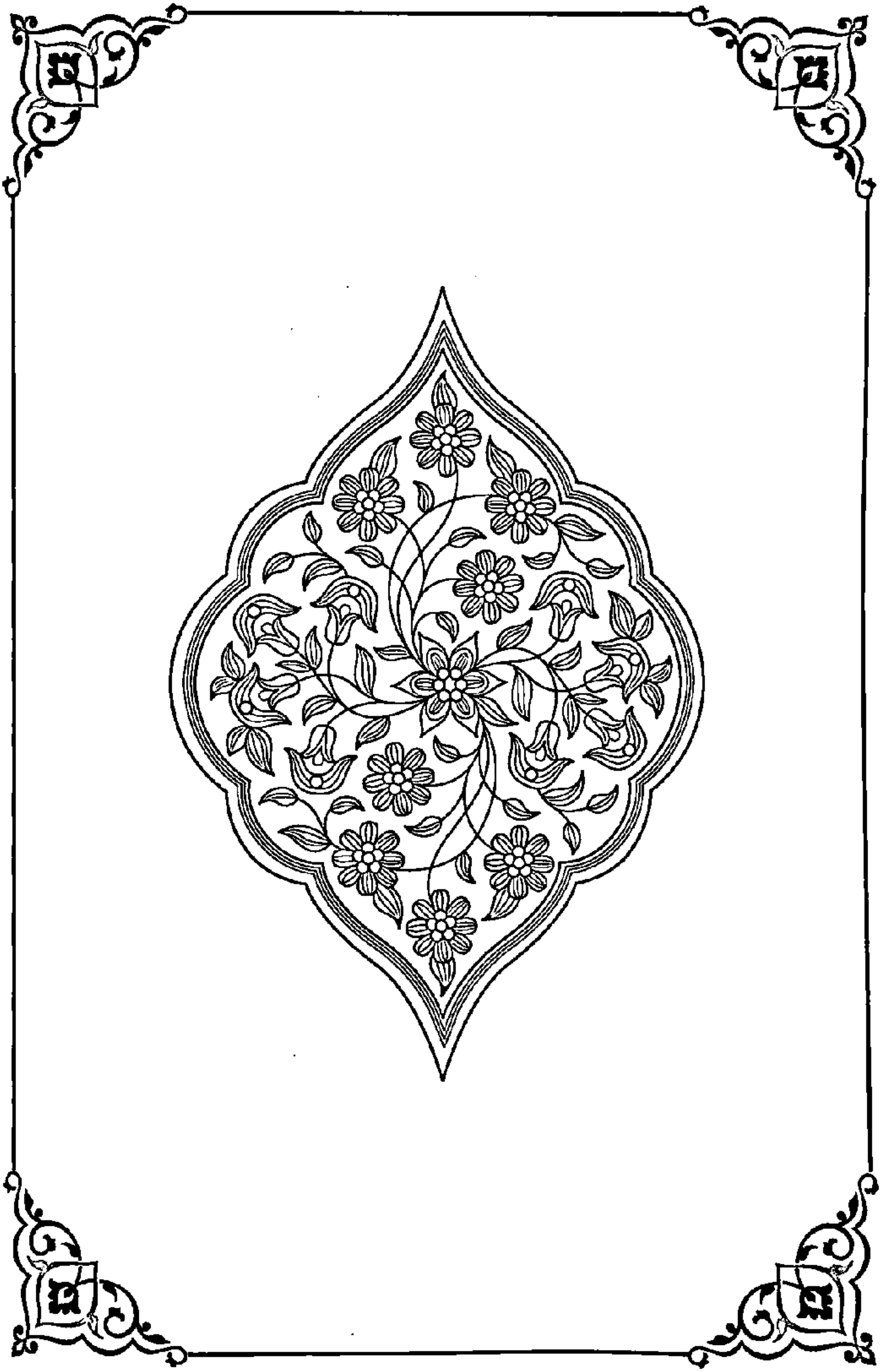
= قلنا: شهود اليمين أثبتوا بشهادتهم العلة الموجبة للحكم، وهو قوله: أنت حر أو أنت طالق، والآخرون أثبتوا الشرط، والشرط لا يعارض العلة في إضافة الحكم إليه؛ لأن الحكم يضاف إلى علته حقيقة؛ لأنه هو المؤثر فيه، وإلى الشرط مجازًا؛ لأنه موجود عند الشرط، والمجاز لا يعارض الحقيقة. «التبيين» ٤/ ٢٥٣.

(١) أي بعض مشايخنا؛ لأن الشرط إذا لم تعارضه العلة صلح لإضافة الحكم إليه، وصار علةً؛ لأن العلل لم تجعل علة لذواتها، فجاز أن تخلفها الشروط. «التبيين» ٤/ ٢٥٣.

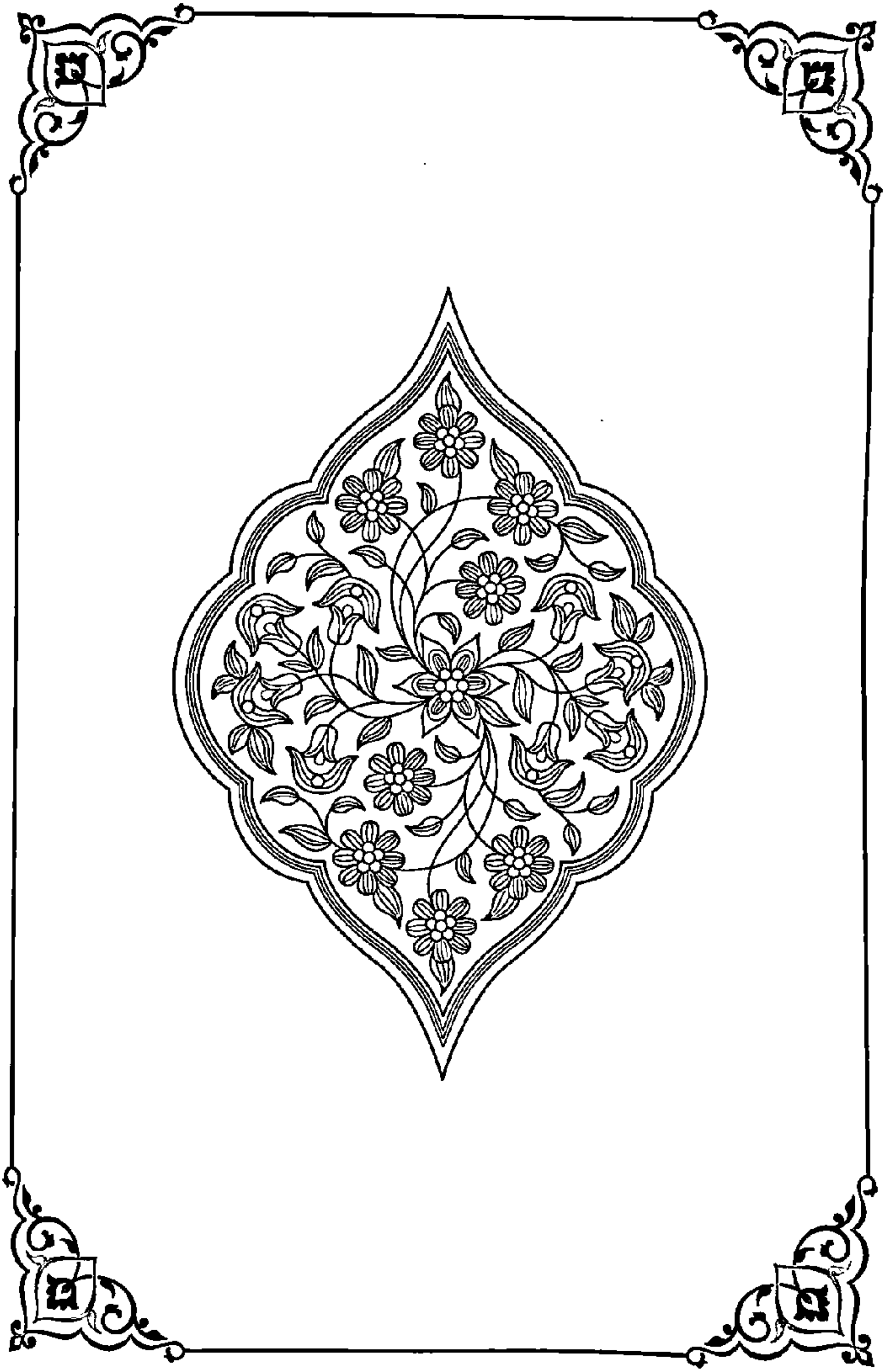
(٢) وإليه مال شمس الأئمة السرخسي، وإلى الأول مال فخر الإسلام علي البزدوي. «التبيين» ٤/ ٢٥٤.

(٣) في سوى (أ): بالتعويض. وانظر «التبيين» ٤/ ٢٥٤.

(٤) في سوى (أ) و(ب): والتعويض.



كتاب الوكالة



كِتاب الوَكالةِ

صحَّ التَّوكيلُ.

وهو: إقامةُ الغيرِ مُقامَ نفسِه، في التَّصرُّف ممن يَملِكُه.

هذا (كِتاب) في بَيانِ أحكامِ (الوَكالةِ)

وهي الحِفظُ لُغةً، ومنه: الوَكيلُ في أسماء اللهِ تَعالى، والتَّوكيلُ: تَفويضُ التَّصرُّفِ إلى الغَير، والوَكيلُ: القائِمُ بما فُوِّضَ إليه.

(صحَّ التَّوكيلُ) لما صحَّ أنه عَلَيهِ الصَّلاةُ وَالسَّلامُ وَكَّل حَكيمَ بنَ حِزامٍ بشِراء الأُضحيَّةِ[(١)].

(وهو) أي التَّوكيلُ في اصطِلاحِ الشَّريعةِ: (إقامةُ الغيرِ مُقامَ نفسِه في التَّصرُّف) الجائزِ الْمَعلومِ وقولُه: (ممن يَملِكُه) أي التَّصرُّفَ: يَتعلَّق بقَوله: صحّ، وقولُه: (وهو إقامةُ الغَيرِ...) إلى آخِره: مُعترِضٌ بينهما.

وذلك لأن الوَكيلَ يَستَفيدُ وِلايةَ التَّصرُّفِ منه، فلا يُتصوَّرُ أن يَستَفيدَ ممن لا وِلايةَ له على التَّصرُّف.

---

(١) روى أبو داود (٣٣٨٦) والترمذي (١٢٥٧) عن حكيم بن حزام: أن رسول الله صَلَّى اللهُ عَلَيهِ وَسَلَّمَ بعث معه بدينار يشتري له أضحية، فاشتراها بدينار، وباعها بدينارين، فرجع فاشترى له أضحية بدينار، وجاء بدينار إلى النبي صَلَّى اللهُ عَلَيهِ وَسَلَّمَ، فتصدق به النبي صَلَّى اللهُ عَلَيهِ وَسَلَّمَ، ودعا له أن يبارك له في تجارته.
ومثله عن عروة البارقي رَضِيَ اللهُ عَنهُ، وهو في الصحيحين، وقد تقدم.

إذا كان الوَكيلُ يَعقِلُ العَقدَ، ولو صَبِيًّا، أو عبدًا مَحجورًا.

بكلِّ ما يَعقِده بنَفسه، ....

قِيل: هذا على قَولهما، وأما على قَول أبي حنيفةَ: فالشَّرطُ أن يكونَ حاصِلًا بما يَملِكه الوَكيلُ، فأما كونُ المُوكِّلِ[1] مالِكًا للتَّصرُّف فيه: فليس بشَرطٍ، حتى يجوزُ عنده تَوكيلُ المسلمِ الذِّمِّيَّ ببَيع الخَمرِ والخِنزيرِ، وتَوكيلُ المُحرِمِ الحَلالَ ببَيع الصَّيدِ.

وقِيل: هو احتِرازٌ عن الصَّبيِّ المَحجورِ والعبدِ المَحجورِ؛ فإنهما لو اشتَريا شيئًا لا يَملِكانه فكذلك لا يَصِحُّ تَوكيلُهما.

(إذا كان الوَكيلُ يَعقِلُ العَقدَ) بأن يَعرِفَ أن الشِّراءَ جالِبٌ، والبيعَ سالِبٌ، ويَعرِفَ الغَبْنَ الفاحِشَ من اليَسير، ويَقصِدَ بذلكَ ثُبوتَ الحُكمِ أو الرِّبحَ، لا الهَزْلَ **(ولو)** كان الوَكيلُ **(صَبِيًّا أو عبدًا مَحجورًا)** وهو واصِلٌ بما قبله.

والباءُ في قَوله: **(بكلِّ ما يَعقِده)** يَتعلَّق بقَوله: **(صحَّ التَّوكيلُ)**، أي بكلِّ شيءٍ جاز أن يَعقِدَه **(بنَفسه)** لأَجل الحاجةِ؛ لأنه قد يكونُ غيرُه أهدى منه.

فإن قُلتَ: يَرِدُ على هذا الوكيلِ[2]؛ حيث لا يجوزُ له أن يُوكِّلَ فيما وُكِّل فيه.

---

(١) في (هـ): وكيل الموكل. وانظر «التبيين» ٤/ ٢٥٤.

(٢) في (ب) و(د) و(ه): التوكيل.

....

قُلتُ: لا يَرِد؛ لأن الْمُرادَ أن يَعقِدَه بنَفسه لنَفسه، لا ما استَفاده من جِهة غيرِه من التَّصرُّفات.

فإن قُلتَ: يَرِد جَوازُ تَوكيلِ المسلمِ الذِّمِّيَّ ببَيع الخمرِ ونحوِه، مع أن الْمُباشَرةَ بنَفسه غيرُ صَحيحةٍ.

قُلتُ: هذا الإطلاقُ يَمشي على قَولهما لا على قَول أبي حنيفةَ، وقد أُجيبَ بأن ذلك إنما يَرِد أن لو قال: كلُّ عقدٍ لم يَجُز له أن يَعقِدَه بنَفسه لا يجوزُ أن يُوكِّلَ به؛ لأن ذلك بطَريق الطَّردِ، وأما بطَريق العَكس: فلا يَرِد شيءٌ.

فإن قُلتَ: يَرِد النَّقضُ في الطَّرد أيضًا، وهو أن الذِّمِّيَّ يَملِك بيعَ الخمرِ بنَفسه، ولا يَملِك تَوكيلَ المسلمِ به.

قُلتُ: الذِّمِّيُّ يَملِك التَّوكيلَ ههنا أيضًا بأن يُوكِّلَ ذِمِّيًّا مِثلَه، وإنما لم يَجُز تَوكيلُه المسلمَ: لكَونِه مَأمورًا بالاجتِناب عنه.

وقال الشّارحُ: ويَرِد عليه الاستِقراضُ؛ فإنه يجوزُ أن يُباشِرَه بنَفسه لنَفسه، ولا يجوزُ له أن يُوكِّلَ فيه، حتى لو وَكَّل به، واستَقرَض له الوَكيلُ: كان له لا للمُوكِّل.

قُلتُ: لو أَخرَج الوَكيلُ كلامَه في الاستِقراضِ مَخرَجَ الرِّسالةِ يكونُ القَرضُ للآمِر، حتى لا يكونُ للوَكيل أن يَمنعَ ذلك منه.

وعن أبي يوسف: أن التَّوكيلَ بالاستِقراض جائزٌ.

وبالخُصومة في الحُقوقِ، برِضا الخَصمِ، إلا أن يكونَ مَريضًا، أو غائِبًا مُدّةَ السَّفَر، أو مُريدًا للسَّفر، أو مُخدَّرةً، ....

(و) صحَّ التَّوكيلُ أيضًا (بالخُصومة في) سائِر (الحُقوقِ) لكن (برِضا الخَصمِ) أي بشَرط رِضاه عند أبي حنيفةَ، وعندهما: يجوزُ وإن لم يَرضَ، وإن لم يكن به عُذرٌ؛ لأن حقَّ الدَّعوى حقُّ المُدَّعي، فإن شاء باشَر بنَفسه، وإن شاء فَوَّض إلى غَيره، وبه قالَت الثَّلاثةُ.

وله: أن الجَوابَ مُستحَقٌّ على الخَصم بلِسانه عَينًا؛ لأنه هو المَقدورُ له، وفي التَّوكيل نقلُ هذا الحقِّ إلى غَيره على وجهٍ لا يَعرى عن الضَّرَر لصاحِب الحقِّ، وهو ضَرورةُ شِدّةِ الخُصومةِ، فلا يجوزُ بغَير رِضاه.

قال صاحِبُ «الهِدايةِ»: ولا خِلافَ في الجَواز، وإنما الخِلافُ في اللُّزوم، فعنده: لا يَلزَم، يَعني: لا يَسقُط حقُّ الخَصمِ في طَلَب الحُضورِ والدَّعوى والجَوابِ بنَفسه، وهو قولُ ابنِ أبِي لَيلى، وعندهما: يَلزَم حُكمُه، ويَسقُط حَقُّه في إحضاره ودَعواه بنَفسه.

(إلا أن يكونَ) استِثناءٌ من قَوله: (برِضا الخَصمِ)، يَعني: يُشترَط رِضا الخَصمِ إلا عند كونِ المُوكِّلِ (مَريضًا، أو غائِبًا مُدّةَ السَّفَر) وهي ثَلاثةُ أيّام[1] (أو) يكونَ المُوكِّلُ (مُريدًا للسَّفَر) ولكن لا يُقبَل قولُه: إنِّي أُريدُ أن أُسافِرَ، لكن القاضِي يَنظُر في حالِه، فإن هَيئةَ مَن يُسافِرُ لا تَخفى على أحَدٍ (أو) تكونَ المُوكِّلةُ امرَأةً (مُخدَّرةً) يَعني: ليس لها عادةٌ

(١) وتعدل اليوم (٨٣.١٦٠) كم.

وبإيفائها، واستيفائِها إلا في حدٍّ وقَوَدٍ، إن غاب الْمُوكِّلُ.

بالبُروز، ففي هذه الأعذارِ يجوزُ بلا رِضا الخَصمِ بالإجماع.

ومن الأعذار: الحيضُ من الْمُدَّعى عليها إذا كان الحُكمُ في الْمَسجِد.

(و) صحَّ التَّوكيلُ أيضًا (بإيفائها) أي بإيفاء الحُقوقِ (واستيفائِها) لما سَبَق (إلا في حدٍّ وقَوَدٍ) أي قِصاصٍ، وهو استِثناءٌ من قَوله: (واستيفائِها)، لا من قَوله: (وصحَّ التَّوكيلُ)؛ لأن التَّوكيلَ بإثباتهما جائزٌ، ولكن لا يجوزُ استِيفاؤُهما (إن غاب الْمُوكِّلُ) لأنهما يَندرِئان[1] بالشُّبهة، واحتِمالُ العفوِ ثابِتٌ؛ للنَّدب إليه، بخِلاف ما إذا حَضَر؛ لانتِفاء هذا الاحتِمالِ.

وعند الثَّلاثةِ: يَصِحُّ في القَوَد وإن غاب الْمُوكِّلُ، إلا رِوايةً عن أحمدَ وقولًا عن الشّافعيِّ.

ويجوزُ التَّوكيلُ بإثبات القِصاصِ، وحدِّ القَذفِ، والسَّرِقةِ بإقامة البَيِّنةِ، فإذا قامَت وثَبَت الحقُّ: فللمُوكِّل استِيفاؤُه، وقال أبو يوسف رَحِمَهُ اللَّهُ: لا يجوزُ التَّوكيلُ بإثباتها أيضًا، كما لا يجوزُ باستِيفائِها.

وقال الطَّحاوِيُّ في «مُختصَره»: لا تجوزُ الوَكالةُ في الحُدود والقِصاصِ إلا في إثبات البَيِّناتِ عليها، فإذا وَجَبت إقامتُها لم تُقَم إلا بمَحضَرٍ من الْمُوكِّل بها في قَول أبي حنيفةَ ومحمدٍ، وقال أبو يوسف: لا تُقبَل الوَكالةُ في شيءٍ من ذلك من خُصومةٍ فيها، ولا من إثبات بَيِّنةٍ عليها، ولا من غَير ذلك منها.

---

(١) في (أ): قد يندرئان.

والحُقوقُ فيما يُضيفُه الوَكيلُ إلى نَفسه.. كالبَيع، والإجارةِ، والصُّلحِ عن إقرارٍ: تَتعلَّقُ بالوَكيل، ....

وقال صاحِبُ «الهِدايةِ»: وعلى هذا الخِلافِ: التَّوكيلُ بالجَواب من جانِبِ من عليه، أي إذا وَكَّل مَن عليه الحدُّ أو القِصاصُ رَجُلًا بالجَواب عنه.. قال أبو حنيفةَ: يجوزُ، وقال أبو يوسف: لا يجوزُ، وقولُ محمدٍ مُضطرِبٌ.

ولكن لا يجوزُ إقرارُ الوَكيلِ على مُوكِّله، بأن قال: قَتَل مُوكِّلي القَتيلَ الذي يَدَّعيه الوليُّ؛ لشُبهة عدَمِ الأمرِ بذلك، وإن كان التَّوكيلُ بالجَواب صَحيحًا على مَذهَب أبي حنيفةَ.

(والحُقوقُ) جمعُ حقٍّ، وارتِفاعُه على الابتِداء، وقولُه: (فيما يُضيفُه) يَتعلَّق بمَحذوفٍ تَقديرُه: والحُقوقُ الكائِنةُ في الشَّيء الذي يُضيفُه (الوَكيلُ[1] إلى نَفسه) عند العقدِ (كالبَيع، والإجارةِ، والصُّلحِ عن إقرارٍ) وقولُه: (تَتعلَّقُ بالوَكيل) خبَرُ المُبتدأِ.

وعند الشَّافعيِّ: تَتعلَّقُ بالمُوكِّل، كالرَّسول، والوَكيلِ بالنِّكاح، وأَخَواتِه، وبه قال مالِكٌ وأحمدُ، ولنا: أن الوَكيلَ هو العاقِدُ.

ولا يُفتقَر في هذه العُقودِ إلى ذِكر المُوكِّلِ[2]، والعاقِدُ الآخَرُ اعتَمَد رُجوعَ الحقِّ إليه، فلو لم يَرجِع لتَضرَّر على تَقدير كونِ المُوكِّلِ مُفلِسًا،

---

(١) في (ج) و(د): الموكل.

(٢) في (أ): الوكيل. وانظر «الاختيار» ٢/ ١٥٨.

إن لم يَكن مَحجورًا، كتَسليم الْمَبيعِ، وقبضِه، وقبضِ الثَّمَنِ، والرُّجوعِ عند الاستِحقاقِ، والخُصومةِ في العَيبِ.

أو مَن لا يُقدَر على مُطالَبته واستِيفاءِ الثَّمَنِ منه، وأنه مُتنَفٍ، بخِلاف الرَّسولِ؛ لأنه يُضيفُ العقدَ إلى مُرسِله، وبخِلاف النِّكاحِ؛ لأنه لا بُدَّ فيه من ذِكر الْمُوكِّلِ وإسنادِ العقدِ إليه، فلا ضررَ حينَئذٍ.

(**إن لم يَكن**) الوَكيلُ (**مَحجورًا**) كالعَبد الْمَحجورِ والصَّبيِّ الْمَحجورِ، فإنهما إذا عَقَدا بطَريق الوَكالةِ تَتعلَّق الحُقوقُ في عَقدَيهما بالْمُوكِّل؛ دَفعًا للضَّرَر عن العاقِد معهما.

وفيه إشارةٌ إلى أن العبدَ والصَّبيَّ الْمَأذونَ لهما تَتعلَّق بهما الحُقوقُ، ويَلزَمهما العُهدةُ مُطلَقًا.

وقولُه: (**كتَسليم الْمَبيعِ**) إلى آخِره: مِثالٌ للحُقوق التي تَتعلَّق بالوَكيل فيما يُضِيفه إلى نَفسه، فإنّ تَسليمَ الْمَبيع يجبُ على الوَكيل إذا كان بائِعًا[1] (**وقبضِه**) أي وقبضِ الْمَبيعِ إذا كان الوَكيلُ مُشترِيًا (**وقبضِ الثَّمَنِ**) إذا كان بائِعًا (**والرُّجوعِ**) أي رُجوعِ الوَكيلِ بالشِّراء بالثَّمَن على البائِع (**عند الاستِحقاقِ**) أي عند ظُهورِ الْمُستحِقِّ للمَبيع، وكذا الرُّجوعُ عليه بالثَّمَن عند استِحقاقِ ما باع (**والخُصومةِ**) أي خُصومةِ الوَكيلِ بالشِّراء مع البائِعِ (**في**) ظُهور (**العَيبِ**) في الْمَبيعِ.

---

(١) في (ج): إذا كان بالغًا.

والْمِلكُ يَثبُت للمُوكِّل ابتِداءً، حتى لا يَعتِقُ قَرِيبُ الوَكيلِ بشِرائِه.
وفيما يُضِيفه إلى الْمُوكِّل. كالنِّكاح، والخُلعِ، والصُّلحِ عن دَم عمدٍ، أو عن إنكارٍ: تَتعلَّقُ بالْمُوكِّل، ....

وقولُه: (والْمِلكُ يَثبُت للمُوكِّل) جَوابٌ عن سُؤالٍ مُقدَّرٍ تَقديرُه أن يُقالَ: إذا كانَت الحُقوقُ في هذا الفَصلِ راجِعةً إلى الوَكيل، كان يَنبَغي أن يَعتِقَ قَريبُه إذا اشتَراه بالوَكالة؛ لأن شِراءَ القَريبِ إعتاقٌ، فأجابَ عنه بقَوله: والْمِلكُ يَثبُت للمُوكِّل (ابتِداءً) أي في ابتِداء الأمرِ خِلافةً عنه، بمَعنى أن الوَكيلَ أصلٌ في حقِّ الكلِّ، لكن في حقِّ الحُكمِ يَخلُفه الْمُوكِّلُ، فيَقَعُ له من غَير أن يكونَ أصلًا فيه، كالعَبد يَتَّهِب أو يَصطادُ..

(حتى لا يَعتِقُ قَريبُ الوَكيلِ) مِثلُ أبيه وابنِه (بشِرائِه) وكذا لا يَفسُد نِكاحُه إذا اشتَرى زَوجتَه بالوَكالة، وفي حقِّ الحُقوقِ لم يَخلُفه فرَجَعت إليه.

(و) الحُقوقُ (فيما يُضِيفه) الوَكيلُ (إلى الْمُوكِّل، كالنِّكاح، والخُلعِ، والصُّلحِ عن دَم عمدٍ أو) الصُّلحِ (عن إنكارٍ) وكالعَتق على مالٍ، والكِتابةِ، والهِبةِ، والتَّصدُّقِ، والإعارةِ، والإيداعِ، والإقراضِ، والرَّهنِ، والشَّرْكةِ، والْمُضارَبةِ (تَتعلَّقُ بالْمُوكِّل) لأنه في هذه الأشياءِ سَفيرٌ مَحْضٌ، ولهذا لا يُستَغنى عن إضافتِه إلى الْمُوكِّل، حتى لو أضافَ النِّكاحَ إلى نَفسه وَقَع النِّكاحُ له، فصار كالرَّسول.

ثم شَرَع يُبيِّن ما يَترتَّب على هذا الحُكمِ بالفاء بقَوله:

فلا يُطالَب وَكيلُه بالْمَهر، ووَكيلُها بتَسليمِها.
وللمُشتَري مَنعُ الْمُوكِّل عن الثَّمَن، وإن دَفَع إليه: صحَّ، ولا يُطالِبه الوَكيلُ ثانِيًا.

(فلا يُطالَب وَكيلُه) أي وَكيلُ الزَّوجِ (بالْمَهر) أي بمَهر الْمَرأةِ التي تَزوَّجت بالْمُوكِّل (و) لا يُطالَبُ (وَكيلُها) أي وَكيلُ الْمَرأةِ (بتَسليمِها) أي بتَسليم الْمَرأةِ التي زَوَّجها منه.

(وللمُشتَري مَنعُ الْمُوكِّل عن الثَّمَن) يَعني: إذا وَكَّل رجلًا ببَيع شيءٍ، فباعَه، ثم إن الْمُوكِّلَ طالَبَ الْمُشتَريَ بالثَّمَن: له مَنعُه؛ لأن الْمُوكِّلَ أجنَبيٌّ عن العَقد وحُقوقِه؛ لأنها تَتعلَّق بالعاقِد على ما بَيَّنَّا.

(وإن دَفَع) الْمُشتَري الثَّمَنَ (إليه) أي إلى الْمُوكِّل في الْمَسألة الْمَذكورةِ (صحَّ) دَفعُه (ولا يُطالِبه الوَكيلُ ثانِيًا) لأن الْمَقبوضَ حقُّه، وبَرِئت ذِمّةُ الْمُشتَري؛ لوُصول الثَّمَنِ إلى مُستحِقِّه.

ولهذا لو كان للمُشتَري دَينٌ على الْمَوكِّل: تَقَع الْمُقاصّةُ بمُجرَّد العقدِ؛ لوُصول الحقِّ إليه بطَريق التَّقاصِّ، ولو كان له دَينٌ عليهما: تَقع الْمُقاصّةُ بدَين الْمُوكِّلِ دون دَينِ الوَكيلِ، ولو كان له دَينٌ على الوَكيل فقط: وَقَعت الْمُقاصّةُ به، ويَضمَن الوَكيلُ للمُوكِّل؛ لأنه قَضى[1] دَينَه بمال الْمُوكِّلِ، وقال أبو يوسف: لا تَقع الْمُقاصّةُ بدَين الوَكيلِ..

بخِلاف ما إذا باع مالَ اليَتيمِ، ودَفَع الْمُشتَري الثَّمَنَ إلى اليَتيم؛ حيث

(١) في (هـ): قص.

لا تَبرَأ ذِمَّتُه، بل يجبُ عليه أن يَدفَعَ الثَّمَنَ إلى الوَصِيِّ ثانيًا؛ لأن اليَتيمَ ليس له قبضُ مالِه أصلًا، فلا يكونُ له الأخذُ من المدين[1]، فيكونُ الدَّفعُ إليه تَضييعًا، فلا يُعتَدُّ به..

وبِخِلاف الوَكيلِ في الصَّرف إذا صارَفَ، وقَبَض المُوكِّلُ بدَلَ الصَّرفِ؛ حيث يَبطُلُ الصَّرفُ[2]، ولا يُعتَدُّ بقَبضه[3]، واللهُ أعلمُ بالصَّواب.

---

(١) في (أ): الدين. وانظر «التبيين» ٤/ ٢٥٨.

(٢) في (ب) و(هـ): التصرف.

(٣) لأن جواز الصرف معلق بالقبض قبل الافتراق، فكان القبض فيه بمنزلة الإيجاب والقبول، وهما يتعلقان بالعاقدين، فكذا القبض في الصرف، وقبض الثمن في مسألتنا ليس كالإيجاب والقبول، وإنما جاز لوصول حقه إليه. «التبيين» ٤/ ٢٥٨.

باب الوَكالةِ بالبَيع والشِّراءِ

أَمَره بشِراء ثَوبٍ هَرَويٍّ، أو فَرَسٍ، أو بَغلٍ: صحَّ، سَمّى ثمَنًا أوْ لا.

هذا (باب) في بَيان أحكامِ (الوَكالةِ بالبَيع والشِّراءِ)

الأصلُ: أن الجَهالةَ الفاحِشةَ -وهي الجَهالةُ في الجِنس- تَمنَعُ صِحّةَ الوَكالةِ، سواءٌ بَيَّن الثَّمَنَ أوْ لا، كما لو وَكَّله في شِراء ثَوبٍ أو دابّةٍ ونحوِهما، والجَهالةَ اليَسيرةَ لا تَمنَع، وهي ما كانَت في النَّوع المَحضِ، كما لو وَكَّله بشِراء فَرَسٍ، أو حِمارٍ، أو ثوبٍ هَرَويٍّ أو مَرْويٍّ ونَحوِهما.

والجَهالةُ التي بين الجِنسِ والنَّوعِ.. إن بَيَّن الثَّمَنَ لا تَمنعُ، كما لو وَكَّله بشِراء عبدٍ أو جارِيةٍ، أو بَيَّن النَّوعَ، بأن قال: عبدًا تُركيًا، أو حَبَشيًّا، ونحوَهما، وإن لم يُبيِّن واحِدًا منهُما لم يَجُز.

(أَمَره) أي أَمَر رجلٌ رجلًا (بشِراء ثَوبٍ هَرَويٍّ) أي مَنسوبٍ إلى هَراةَ: مَدينةٍ بخُراسانَ، فُتِحَت في زَمَن عُثمانَ رَضِيَ اللهُ عَنهُ[1] (أو) أَمَره بشِراء (فَرَسٍ، أو بَغلٍ: صحَّ) التَّوكيلُ؛ لأنه لم تَبقَ الجَهالةُ بعد إعلامِ الجِنسِ إلا في الصِّفةِ، وهي مُحتمِلةٌ في الوَكالة، وسواءٌ في ذلك (سَمّى ثمَنًا أوْ لا) أي أو لم يُسمِّ؛ لأنه ببَيان جِنسِ المُثْمَنِ[2] يَصيرُ مَعلومًا عادةً.

وفي قولٍ عن الشّافعيِّ وروايةٍ أحمدَ: لا تَصِحُّ هذه الوَكالةُ.

---

(١) انظر «فتوح البلدان» ص٣٩٢.

(٢) في (د) و(هـ): الثمن.

وبشِراء عبدٍ أو دارٍ: صحَّ إن سَمّى ثمَنًا، وإلا لا.
وبشِراء ثوبٍ أو دابّةٍ: لا، وإن سَمّى ثمَنًا.
وبشِراء طَعامٍ: يَقَع على البُرِّ، ودَقيقِه.

(و) لو أمَره (بشِراء عبدٍ أو دارٍ: صحَّ) أي التَّوكيلُ (إن سَمّى ثمَنًا) لأنه يُعلَم بذِكر الثَّمَنِ من أيِّ نَوعٍ مَقصودُه (وإلا) أي وإن لم يُسَمِّ الثَّمَنَ (لا) يَصِحُّ؛ لأنه حينَئذٍ يَلتحِقُ بجَهالة الجِنسِ.

(و) لو أمَره (بشِراء ثوبٍ أو دابّةٍ: لا) يَصِحُّ (وإن سَمّى ثمَنًا) لأن هذه جَهالةُ الجِنسِ، فلا يَصِحُّ؛ لما ذكَرْنا.

والجِنسُ: ما يَدخُل تحته أنواعٌ مُتغايِرةٌ، والنَّوعُ: ما يَدخُل تحت اسمٍ فوقَه، قيل: وكلُّ اسمٍ منتظِمٌ شيئًا: نوعٌ باعتِبار ما فوقَه، جِنسٌ باعتِبار ما دونَه.

هذا الذي ذكَرناه كلُّه إذا لم يكن فيه دَلالةٌ على العُموم، فإن كان فيه دَلالةٌ عليه، كقَوله: (ابتَعْ لي ما رَأيتَ): جازَت الوَكالةُ، فأيُّ شيءٍ اشتَراهُ له يكونُ مُمتثِلًا به، وكذا لو قال: اشتَرِ لي بألفٍ ثِيابًا، أو دوابَّ، أو أشياءَ، أو ما شِئتَ، أو ما رَأيتَ، أو أدنى شيءٍ حَضَرك، أو ما يُوجَد، أو ما يَتَّفِقُ.

(و) لو أمَره (بشِراء طَعامٍ: يَقَع على البُرِّ) يَعني: يَنصرِف إلى القَمح (ودَقيقِه) حتى لا يكونُ له أن يَشترِيَ غيرَهما من الطَّعام، والقِياسُ أن يَتناولَ كلَّ مَطعومٍ؛ لأنه اسمٌ له، وبه قالَت الثَّلاثةُ، وعليه الفَتوى، قالَه الصَّدرُ الشَّهيدُ.

وللوَكيل: الرَّدُّ بالعَيب ما دام الْمَبيعُ في يَده، فلو سَلَّمه إلى الآمِر: لا يَرُدُّه إلا بأَمره.

وحَبسُ الْمَبيعِ لثَمَنٍ دَفَعه من مالِه، ....

وقِيل: إن كانَت الدَّراهِمُ كَثيرةً: فعلى البُرّ، وإن كانَت قَليلةً: فعلى الخُبز، وإن كانَت بين الأمرَين: فعلى الدَّقيق.

وإذا لم يَدفَع إليه الدَّراهِمَ، وقال: (اشتَرِ لي طَعامًا): لم يَجُز على الآمِر[1]؛ لأنه وَكَّله أن يَشترِيَ له مَكيلًا، ولم يُبيِّن له مِقدارَه، وجَهالةُ القَدْرِ في الْمَكيلات والْمَوزوناتِ كجَهالة[2] الجِنسِ، من حيث إن الوَكيلَ لا يَقدِرُ على تَحصيلِ مَقصودِ الآمِرِ بما سَمّى له.

(وللوَكيل الرَّدُّ) أي رَدُّ الْمَبيعِ (بالعَيب ما دام الْمَبيعُ في يَده) يَعني: من غَير أمرِ الْمُوكِّلِ؛ لأن الرَّدَّ بالعَيب من حُقوق العقدِ، وهي كلُّها تَتعلَّقُ[3] به دون الْمُوكِّل (فلو سَلَّمه) أي فلو سَلَّم الوَكيلُ الْمَبيعَ (إلى الآمِر) وهو الْمُوكِّلُ (لا يَرُدُّه) أي لا يَرُدُّ الوَكيلُ الْمَبيعَ بالعَيب (إلا بأَمره) أي بأمر الْمُوكِّل؛ لانتِهاء حُكمِ الوَكالةِ بالتَّسليم إليه.

(و) للوَكيل أيضًا (حَبسُ الْمَبيعِ) الذي اشتَراه عن الْمُوكِّل (لثَمَنٍ) أي لأَجل ثمَنٍ (دَفَعه) الوَكيلُ (من مالِه) وهذا ليس بقَيدٍ، بل وَقَع اتِّفاقًا؛ لأنه لو لم يَدفَع الثَّمَنَ أيضًا له أن يَحبِسَه عنه.

---

(١) في (ج): على المكثر.

(٢) في (ب) و(هـ): لجهالة.

(٣) في سوى (أ): وهي كل ما يتعلق. وانظر «التبيين» ٤/ ٢٦٠.

فلو هَلَكَ في يَده قبل حبسِه: هَلَكَ من مال الْمُوكِّلِ، ولم يسقط الثَّمَنُ، وإن هَلَكَ بعد حبسِه: فهو كالْمَبيع.

وقال زفرُ: ليس له ذلك؛ لأن قَبْضَه كقَبضه، فكأنه سَلَّمه إليه، فيَسقُط حقُّ الحَبسِ، وبه قالَت الثَّلاثةُ، ولنا: أنه كالبائِع من الْمُوكِّل، فيَثبُت له حقُّ الحبسِ.

(فلو هَلَكَ) الْمَبيعُ (في يَده) أي في يَد الوَكيلِ (قبل حبسِه) عن الْمُوكِّل (هَلَكَ من مال الْمُوكِّلِ، ولم يسقط الثَّمَنُ) لأن الوَكيلَ عامِلٌ له، فيَصيرُ الْمُوكِّلُ قابِضًا بقَبضه حُكمًا (وإن هَلَكَ) الْمَبيعُ (بعد حبسِه) أي بعد حبسِ الوَكيلِ (فهو) أي فحُكمُه في الهَلاك (كالْمَبيع[1]) يَعني: يَهلِك بالثَّمَن عندهما.

وعند أبي يوسف: هو كالرَّهن، فيكونُ مَضمونًا بالأقلِّ من قِيمتِه ومن الدَّين؛ لأنه حَبَسه للاستيفاء بعد أن لم يكن مَحبوسًا، وهو مَعنى الرَّهنِ، وقال زفرُ: هو كالغاصِب، فيَضمَن جَميعَ قِيمتِه؛ لأنه ليس له أن يَحبِسَه عنده، فبالحَبس يكونُ مُتعدِّيًا، وبه قالَت الثَّلاثةُ.

ولهُما[2]: أنه بمَنزِلة البائعِ من الْمُوكِّل، فكان حبسُه لأَجل استيفاءِ الثَّمَنِ، فيَسقُط الثَّمَنُ بهَلاكه.

وتَوضيحُه: إذا كان الثَّمَنُ خَمسةَ عَشَر مثلًا، وقيمةُ الْمَبيعِ عَشَرةً: يَرجِعُ الوَكيلُ بخَمسةٍ على الْمُوكِّل، ويَتقاصّان العَشَرةَ بالعَشَرة عند من

---

(١) في (هـ): بالبيع. (٢) في (هـ): ولنا.

ويُعتبَر مُفارَقةُ الوَكيلِ في الصَّرف والسَّلَمِ، دون الْمُوكِّلِ.

يَقولُ بضَمان الرَّهنِ، ويَرجِعُ الْمُوكِّلُ على الوَكيل بمِثله[1] أو بجَميع قِيمتِه عند من يَقولُ بضَمان الغَصبِ.

وإذا كان الثَّمَنُ عَشرةً، وقِيمةُ الْمَبيعِ خَمسةَ عشَرَ: يَتقاصّان بالعَشَرة، والخَمسةُ أمانةٌ في يَد الوَكيلِ عند مَن يَقولُ بضَمان الرَّهنِ، ويَرجِعُ الموكِّلُ على الوكيل[2] بمِثله إن كان مِثليًّا، أو بخَمسةٍ عند من يَقولُ بضَمان الغَصبِ.

وإذا كان الثَّمَنُ والقِيمةُ على السَّواء: يَرجع بمِثله على الوَكيل، ويُطالِبه الوَكيلُ بالثَّمَن، وإن لم يكن مِثليًّا: يَتقاصّان عند[3] من يَقولُ بضَمان المبيع[4]، ويَسقُطُ[5] الثَّمَنُ كُلُّه، ولا يجبُ عليه شيءٌ، فافهَم.

(**ويُعتبَر مُفارَقةُ الوَكيلِ في الصَّرف والسَّلَمِ**) لأنه هو العاقِدُ، فإذا قَبَضه تَمَّ العقدُ، وإن فارَقه قبل القبضِ بَطَل العَقدُ؛ لفَقْد شرطِه (**دون الْمُوكِّلِ**) يَعني: لا يُعتبَر مُفارَقتُه قبل القبضِ؛ لأنه ليس بعاقِدٍ، بخِلاف الرَّسولِ فيهما؛ لأن الرِّسالةَ حَصَلت في العَقد لا في القَبض، وكَلامُ الرَّسولِ يَنتقِل إلى الْمُرسِل، فيكونُ العاقِدُ هو الْمُرسِلَ، فيكونُ قَبضُ الرَّسولِ غيرَ قبضِ العاقِدِ، فلا يجوزُ.

---

(١) في (ز) و(ح): بمثله إن كان مثليًّا.
(٢) في سوى (أ): الوكيل على الموكل، وفي (هـ): الموكل على موكِّلِه.
(٣) في (د): وعند.
(٤) في سوى (أ): البيع.
(٥) في سوى (هـ): يسقط.

....

قال في «النِّهاية»: هذا إذا كان الْمُوكِّلُ غائِبًا عن مَجلِس العقدِ، أما إذا كان حاضِرًا في مَجلِس العقدِ: يَصيرُ كأن الْمُوكِّلَ صارَفَ بنَفسه، فلا تُعتبَر مُفارَقةُ الوَكيلِ، وعَزاه إلى خَواهَرْ زادَهْ.

قال الشّارحُ: هذا مُشكِلٌ؛ فإن الوَكيلَ أصيلٌ في البَيع حَضَر الْمُوكِّلُ[1] العَقدَ أو لم يَحضُر.

قُلتُ: هذا ليس بمُشكِلٍ؛ فإن الوَكيلَ نائِبٌ عنه، فإذا حَضَر الأصيلُ فلا يُعتبَر النّائبُ[2].

---

(١) في (ب): الوكيل. وانظر «التبيين» ٤/ ٢٦٢.

(٢) قال في «الدر المختار»: ولا اعتبار بمفارقة الموكل ولو حاضرًا، كما اعتمده المصنف تبعًا لـ «البحر»، خلافًا للعيني وابن ملك، بل بمفارقة الوكيل.
قال في «رد المحتار» ٥/ ٥١٦: قوله: (وابن ملك) أي والحدادي نقلًا عن «المستصفى»، ومشى عليه في «درر البحار»، وعزاه صاحب «النهاية» إلى الإمام خواهر زاده.
واستشكله الزيلعي وصاحب «العناية» بأن الوكيل أصيل في باب البيع، حضر الموكل العقد أو لم يحضر.
وقال الزيلعي: وإطلاق «المبسوط» وسائر الكتب دليل على أن مفارقة الموكل لا تعتبر أصلًا ولو كان حاضرًا، وهذا منشأ ما مشى عليه المصنف تبعًا لـ «البحر»، لكن أجاب العيني عن الإشكال بأن الوكيل نائب، فإذا حضر الأصيل فلا يعتبر النائب. اهـ.
وتعقبه الحموي بأن الوكيل نائب في أصل العقد أصيل في الحقوق، فلا اعتبار بحضرة الموكل، وبه علمت أن ما ذكره الشارح -أي العيني- في غير محله.
قلت: والذي يدفع الإشكال من أصله ما قدمه الشارح عن «الجوهرة» من أن العهدة على آخذ الثمن لا العاقد لو حضرًا في أصح الأقاويل، وما ذكره العيني وصاحب =

ولو وَكَّله بشِراء عشَرةِ أَرطالِ لَحمٍ بدِرهَمٍ، فاشتَرى عِشرين رَطلًا بدِرهَمٍ مما يُباعُ منه عَشَرةٌ بدِرهَمٍ: لَزِم الْمُوكِّلَ منه عَشَرةٌ بنِصف دِرهَمٍ.
ولو وَكَّله بشِراء شيءٍ بعَينه: لا يَشترِيه لنَفسه، ....

(ولو وَكَّله بشِراء عشَرةِ أَرطالِ لَحمٍ بدِرهَمٍ، فاشتَرى) الوَكيلُ (عِشرين رَطلًا بدِرهَمٍ مما) أي من اللَّحم الذي (يُباعُ منه عَشَرة) أرطالٍ (بدِرهَمٍ: لَزِم) في هذا البَيعِ (الْمُوكِّلَ منه) أي من اللَّحم (عَشَرة) أرطالٍ (بنِصف دِرهَمٍ) عندَ أبي حنيفةَ، وعندهما: يَلزَمه العِشرون بدِرهَمٍ؛ لأنه فَعَل الْمَأمورَ وزادَه خيرًا، وبه قالَت الثَّلاثةُ، وله: أنه مَأمورٌ بشِراء أرطالٍ مُقدَّرةٍ، وليس بمَأمورٍ بشِراء الزِّيادةِ، فيَنفُذ الشِّراءُ بالنِّصف.

وإنما قَيَّد بقَوله: (من ذلك اللَّحمِ): احتِرازًا عما إذا اشتَرى عِشرين رَطلًا بدِرهَمٍ من لحمٍ لا يُساوِي ذلك؛ فإنه يَصيرُ مُشترِيًا لنَفسه بالإجماع.

(ولو وَكَّله) أي شخصٌ (بشِراء شيءٍ بعَينه) بأن وَكَّله أن يَشتريَ له هذا العبدَ أو هذه الدّابّةَ مثلًا (لا يَشترِيه) الوَكيلُ (لنَفسه) لأنه غُرورٌ.

قال الشّارحُ: مَعناهُ: لا يُتصوَّر أن يَشترِيَه لنَفسه، بل لو اشتَراه يَنوي بالشِّراءِ لنَفسه، أو تَلَفَّظ بذلك: يكونُ للمُوكِّل؛ لأن فيه عَزْلَ نَفسِه، وهو لا يَملِك عَزْلَ نَفسِه والْمُوكِّلُ غائِبٌ، حتى لو كان الْمُوكِّلُ حاضِرًا، وصَرَّح بأنه يَشتَريه لنَفسه: كان الْمُشتَرى له؛ لأن له أن يَعزِلَ نفسَه

= «العناية» مبني على القول الآخر من أنه لا عبرة بحضرته، وهو ما مشى عليه في المتن سابقًا، فتنبه.

فلو اشتَراه بغَير النُّقودِ، أو بخِلاف ما سَمّى من الثَّمَن: وَقَع للوَكيل.

وإن كان بغَير عَينِه: فالشِّراءُ للوكيل، إلا أن يَنوِيَ للمُوكِّل، أو يَشترِيَه بمالِه.

بحَضرة الْمُوكِّلِ، وليس له ذلك بغَير عِلمِه؛ لأن فيه تَغريرًا له..

بخِلاف ما إذا وَكَّله أن يُزوِّجَه امرَأةً مُعيَّنةً؛ حيثُ جاز له أن يَتزوَّجَ بها؛ لأن النِّكاحَ الذي أتى به الوَكيلُ غيرُ داخِلٍ تحت أمرِه، لأن الدّاخِلَ تحت الوَكالِة نِكاحٌ مُضافٌ إلى الْمُوكِّل، فكان مُخالِفًا بإضافته إلى نَفسه، فانعَزَل.

وفي الوَكالة بالشِّراء: الدّاخِلُ فيها مُطلَقٌ غيرُ مُقيَّدٍ بالإضافة إلى أحدٍ، فكلُّ شيءٍ أَتى به لا يكونُ مُخالِفًا به.

ولو وَكَّله رجلٌ آخَرُ بأن يَشترِيَ له ذلك الشَّيءَ بعَينه، فاشتَراه له: كان للمُوكِّل الأول دون الثّاني؛ لأنه إذا لم يَملِك الشِّراءَ لنَفسِه فأَولى أن لا يَملِكَ الشِّراءَ لغَيره.

(فلو اشتَراه) الوَكيلُ (بغَير النُّقودِ) بأن اشتَراه بالعَرْض أو الحَيَوانِ (أو) اشتَراه (بخِلاف ما سَمّى) الْمُوكِّلُ له (من الثَّمَن) بأن قال: (بألفٍ) مَثلًا، فاشتَراهُ بألفَين (وَقَع) العقدُ (للوَكيل) لأنه خالَفَ أمرَه، فيَنفُذُ عليه، ويَنعزِلُ في ضِمن الْمُخالَفةِ.

(وإن كان) وَكَّله بشِراء شيءٍ (بغَير عَينِه) فاشتَراه (فالشِّراءُ) يَقَعُ (للوَكيل، إلا أن يَنوِيَ) وقتَ الشِّراءِ أنه (للمُوكِّل، أو يَشترِيَه) الوَكيلُ (بمالِه) أي بمال الْمُوكِّلِ، وإن أرادَ أن يُضِيفَ العَقدَ إليه.

....

وهذا لا يَخلو إمَّا أن يضيفَ الشِّراءَ إلى دَراهِمِ نفسِه أو إلى دَراهِمِ الْمُوكِّلِ، ففي الأوَّل: يَقَعُ الشِّراءُ له، وفي الثّاني: كان للمُوكِّل، وإن أضافَه إلى دَراهِمَ مُطلَقةٍ يَرجِع إلى نِيّته، فإن نَواها للآمِر فهو للآمِر، وإن نَواها لنَفسه فلنَفسه[1].

(١) قال العلامة الكمال رَحِمَهُ اللَّهُ في «الفتح» ٨/ ٤٨ عند شرح (وإن وَكَّله بشراء عبد بغير عينه: فاشترى عبدًا فهو للوكيل، إلا أن يقول: نويت الشراء للموكل، أو يشتريه بمال الموكل، قال: هذه المسألة على وجوه: إن أضاف العقد إلى دراهم الآمر كان للآمر، وهو المراد عندي بقوله: أو يشتريه بمال الموكل دون النقد من ماله؛ لأن فيه تفصيلًا وخلافًا، وهذا بالإجماع وهو مطلق). انتهى.
بقي لنا بحث فيما ذهب إليه المصنف -أي المرغيناني- ههنا، وهو أن فيه إخلالًا بأصل المسألة، فإن صورة إن أضاف العقد إلى دراهم مطلقة وتكاذبا في النية: لا تكون داخلةً حينئذٍ في شيء من قسمي الاستثناء المذكور في كلام القدوري، فيلزم أن يكون العقد في تلك الصورة للوكيل البتة، بموجب ما بقي في الكلام بعد الاستثناء مع أنه يُحَكِّمُ النقدُ فيها بالإجماع، ففيما نقد من مال الموكل يصير العقد له قطعًا، وإن صورة إن أضاف العقد إلى دراهم مطلقة وتوافقا على أنه لم تحضره النية لا تكون داخلةً أيضًا حينئذٍ في شيء من قسمي الاستثناء المذكور، فيلزم أن يكون العقد فيها أيضًا للوكيل بموجب ما بقي بعد الاستثناء، مع أن فيها خلافًا كما سيأتي، فيلزم حمل كلام القدوري على ما فيه الخلاف، ولم يقبله المصنف، وبالجملة: قد هرب المصنف في حل كلام القدوري ههنا عن ورطة ووقع في ورطة أخرى مثل الأولى بل أشد منها، فما الفائدة فيه؟
ولعل صاحب «الكافي» تفطن لذلك حيث زاد الاستثناء في وضع المسألة فقال: ولو وكله بشراء عبد بغير عينه فاشترى عبدًا فهو للوكيل، إلا أن يقول: نويت الشراء للموكل، أو يشتريه بمال الموكل، أو ينقد من ماله، وقال: فهذه المسألة =

وإن قال: اشتَريتُ للآمِر، وقال الآمِرُ: لنَفسك: فالقَولُ للآمِر، وإن كان دَفَع إليه الثَّمَنَ: فللمَأمور.

وإن تكاذَبا في النِّيَّة: حُكِّم النَّقدُ[1] إجماعًا[2]، وإن تَوافَقا على أنه لم تَحضُره النِّيَّةُ.. قال محمدٌ: هو للوَكيل، وقال أبو يوسف: يُحَكَّم النَّقدُ[3] فيه، كما في التَّكاذُب.

(وإن قال) الْمَأمورُ **(اشتَريتُ)** هذا **(للآمِر)** أي الْمُوكِّلِ **(وقال الآمِرُ)** اشتَريتَه **(لنَفسك: فالقَولُ للآمِر)** إن لم يكن الثَّمَنُ مَدفوعًا إلى الوَكيل، إلا في وجهٍ للشّافعيّة ورِوايةٍ عن أحمدَ: أن القَولَ للمَأمور **(وإن كان دَفَع إليه)** أي إلى الوَكيل **(الثَّمَنَ: فللمَأمور)** أي فالقَولُ للمَأمور بالإجماع.

قال الشّارحُ: هذه الْمَسألةُ على ثَمانية أوجُهٍ: إما أن يكونَ مَأمورًا بشِراء عبدٍ بعَينه أو بغَير عَينِه.

وكلُّ وجهٍ على وَجهَين: إما أن يكونَ الثَّمَنُ مَنقودًا أو غيرَ مَنقودٍ.

وكلُّ وجهٍ على وَجهَين: إما أن يكونَ العبدُ حيًّا حينَ أُخبِر الوَكيلُ بالشِّراء أو مَيْتًا..

= على وجوه: إن أضاف العقد إلى دراهم الآمر كان للآمر وهو المراد بقوله أو يشتريه من مال الموكل... إلى آخره.

(١) في سوى (أ): بالنقد.

(٢) فأي منهما نقد الثمن من ماله فهو له. وانظر «البناية» ٩/ ٢٤٩.

(٣) في سوى (أ): بالنقد.

وإن قال: بِعْني هذا لفُلانٍ، فباعَه، ثم أنكَر الآمِرَ: أخَذه فُلانٌ، إلا أن يَقولَ: لم آمُرْه به، إلا أن يُسلِّمَه الْمُشتَري إليه.

فإن كان مَأمورًا بشِراء عبدٍ بعَينِه.. فإن أخبر بشِرائه والعبدُ حيٌّ قائمٌ: فالقولُ للمَأمور إجماعًا، مَنقودًا كان الثَّمَنُ أو غيرَ مَنقودٍ، وإن كان ميِّتًا حينَ أُخبِر، فقال: هَلَك عندي بعد الشِّراءِ، وأنكَر الْمُوكِّلُ.. فإن كان الثَّمَنُ غيرَ مَنقودٍ: فالقولُ للآمِر، وإن كان الثَّمَنُ مَنقودًا: فالقولُ للمَأمور مع يَمينِه.

وإن كان العبدُ بغَيرِ عَينِه.. فإن كان حيًّا فقال الْمَأمورُ: اشتَريتُه لك، وقال الآمِرُ: بل اشتَريتَه لنَفسِك.. فإن كان الثَّمَنُ مَنقودًا: فالقولُ للمَأمور، وإن لم يكن مَنقودًا: فالقولُ للآمِر عند أبي حنيفةَ، وقالا: للمَأمور.

(وإن قال) رجلٌ لآخرَ (بِعْني) أي بِعْ لأجلي (هذا) العبدَ مثلًا (لفُلانٍ) فإنِّي أشتريه له (فباعَه) أي فباع فُلانٌ العبدَ منه (ثم أنكَر) الْمُشتَري (الآمِرَ) يَعني: أنكَر أن يكونَ فُلانٌ أَمَره بذلك، وقال فُلانٌ: أنا أمَرْتُه (أخَذه) أي العبدَ (فُلانٌ) لأن قولَه: (بِعْني لفُلانٍ) إقرارٌ منه بأنَّه وَكَّله، فإذا أنكَر الوَكالةَ بعده صار مُناقِضًا، فلا يُسمَع قَولُه، فيكونُ العبدُ للمُوكِّل..

(إلا أن يَقولَ) فُلانٌ الْمُشتَرى له (لم آمُرْه به) أي بالشِّراء، فحينَئذٍ لا يَأخُذه، بل يكونُ للمُشتَري؛ لأن إقرارَ الْمُشتَري ارتَدَّ برَدِّه، والإقرارُ مما يَرتدُّ بالرَّدِّ، فيَنفُذ على الْمُشتَري (إلا أن يُسلِّمَه الْمُشتَري إليه) أي

وإن أَمَره بشِراء عَبدَين عَينَين، ولم يُسَمِّ ثمَنًا، فاشتَرى له أحَدَهما: صحَّ.

ولو بشِرائِهما بألفٍ وقِيمتَهما سواءٌ، فاشتَرى أحَدَهما بنِصفه أو أقلَّ: صحَّ، ....

إلى فُلانٍ الْمُشتَرى له، فيَكونُ له بالتَّسليم، وهذا استِثناءٌ من الاستِثناء، فالاستِثناءُ الأوَّلُ حُكمُه النَّفيُ، والاستِثناءُ من النَّفي إثباتٌ.

(وإن أَمَره) أي وإن أَمَر شخصٌ شخصًا (بشِراء عَبدَين عَينَين) أي مُعيَّنَين (و) الحالُ أنه (لم يُسَمِّ ثمَنًا[1]، فاشتَرى) المَأمورُ (له) أي للآمِرِ (أحَدَهما) أي أحدَ العَبدَين (صحَّ) الشِّراءُ له؛ لأن التَّوكيلَ مُطلَقٌ غيرُ مُقيَّدٍ بثَمَنٍ مُقدَّرٍ..

فيَجوزُ أن يَشترِيَ كلَّ واحدٍ منهما بقَدْر قِيمتِه من الثَّمَن أو أقلَّ، أو بزِيادةٍ يَتغابَن النّاسُ في مِثله، وليس له أن يَشترِيَ بما لا يَتغابَن النّاسُ فيه؛ لأن الوَكيلَ بالشِّراء ليس له أن يَشترِيَ بغَبْنٍ فاحِشٍ بالإجماع، بخِلاف الوَكيلِ بالبَيع عند أبي حنيفةَ على ما يَجيءُ إن شاء اللهُ تَعالى.

(ولو) أَمَره (بشِرائِهما) أي بشِراء عَبدَين مُعيَّنَين (بألفٍ و) الحالُ أن (قِيمتَهما سواءٌ، فاشتَرى) المَأمورُ (أحَدَهما) أي أحدَ العَبدَين (بنِصفه) أي بنِصف الألفِ[2] (أو أقلَّ) من نِصف الألفِ (صحَّ) الشِّراءُ ....

(١) في (ج) و(د): شيئًا.
(٢) في (أ): الأول.

وبالأكثَر: لا، إلا أن يَشترِيَ الباقِيَ بما بَقِي قبل الخُصومةِ.

وبشِراء هذا العبدِ، بدَينٍ له عليه، فاشتَرى: صحَّ، ....

(و) لو اشتَرى أحَدَهما (بالأكثَر) من نِصف الألفِ (لا) يَصِحُّ، يَعني: لم يَلزَم الآمِرَ، قَلَّت الزِّيادةُ أو كَثُرت..

(إلا أن يَشترِيَ) العبدَ (الباقِيَ[1] بما بَقِي) من الألفِ الثَّمَنِ (قبل الخُصومةِ) أي قبل أن يَختصِما ويَتنازَعا فيه، هذا عند أبي حنيفةَ.

وقالا: إن اشتَرى أحَدَهما بأكثرَ من نِصف الألفِ بما يَتغابَن النّاسُ في مِثله، وقد بَقِي من الألف ما يُشتَرى بمِثله العبدُ الباقِي: فهو جائزٌ؛ لأن غَرَضَه مِلكُ العَبدَين، فإذا بَقِي من الثَّمَن ما يُمكِن شِراءُ الآخرِ به يَحصُل غَرَضُه، فلا يكونُ مُخالِفًا له.

وله: أنه أضاف الألفَ إليهما على السَّواء[2]، فيَقتَضي الانقِسامَ عليهما على السَّواء، فصار كأنه نَصَّ على شِراء كلٍّ منهما بخَمسمِائةٍ، ولو كان كذلك لا تَجوزُ الزِّيادةُ، فكذا هذا.

وقَيَّد بقَوله: (بالأكثَر): لأنه إذا اشتَرى أحَدَهما بخَمسمِائةٍ أو أقلَّ: صحَّ، خِلافًا للثَّلاثة.

(و) لو أَمَر رجلٌ مَديونَه (بشِراء هذا العبدِ) مَثَلًا (بدَينٍ له) أي للآمِر (عليه) أي على الْمَأمور (فاشتَرى) الْمَديونُ الْمَأمورُ ذلك (صحَّ)

---

(١) في (هـ): الثاني.

(٢) في سوى (أ): على الشراء.

ولو غيرَ عَينٍ: نَفَذ على الْمَأمور.

الشِّراءُ، ولَزِم الْمُوكِّلَ (ولو) أَمَره بشِراء عبدٍ (غيرَ عَينٍ) فاشتَرى (نَفَذ على الْمَأمور) ولا يَنفُذ على الآمِر، حتى لو مات العبدُ عند الْمَأمورِ مات من مال الْمَأمورِ، والألفُ عليه، فإن قَبَضه الآمِرُ فهو له، وهذا عند أبي حنيفةَ، وقالا: هو لازِمٌ للآمِر في الوَجهَين.

وعلى هذا: إذا قال الدّائنُ للمَدين: أسلِم الدَّينَ الذي لي عليك إلى فُلانٍ: جاز، وإن لم يُعيِّن فُلانًا: لم يَجُز عندَه، خِلافًا لهما، فعندهما: يجوزُ كيفما كان، وكذا لو أمَره بأن يَصرِفَ ما عليه من الدَّين.

وأصلُه: أن التَّوكيلَ بالشِّراء إذا أُضيف إلى دَينٍ لا يَصِحُّ عند أبي حنيفةَ، إذا لم يكن البائعُ أو الْمَبيعُ مُتعيِّنًا، وعندهما: يَصِحُّ كيفما كان.

لهما: أن النَّقدَين لا يَتعيَّنان في الْمُعاوَضات، عَينًا كانا أو دَينًا، ولهذا لو اشتَرى شيئًا بدَراهِمَ على الْمُشتَري، ثم تَصادَقا أن لا دَينَ: لا يَبطُل الشِّراءُ، ويجبُ عليه مِثلُه، فإذا لم يَتعيَّن صار الإطلاقُ والتَّقييدُ به سواءً.

وله: أن النُّقودَ تَتعيَّنُ في الوَكالاتِ، ولهَذا لو قَيَّدها بالعَين منها، أو بالدَّين منها، ثم هَلَك[١] ....

(١) قال الشلبي ٤/٢٦٧: هكذا بخط الشارح، وهكذا كان في نسخة العلامة قارئ «الهداية» رَحِمَهُ اللَّهُ، ثم كشطه وكتب مكانه (استهلك) وكتب تحته بخطه رَحِمَهُ اللَّهُ ما نصه: أي الآمر أو الوكيل، وإنما قيَّد بالاستهلاك دون الهلاك: لأن بطلان الوكالة بالاستهلاك لا بالهلاك، ذكره قاضي خان في «فتاواه». اهـ ما كتبه بخطه، =

وبشِراء أمةٍ بألفٍ دُفِع إليه، فاشترى، فقال: ....

العَينُ[1]، أو أُسقِطَ[2] الدَّينُ: بَطَلت الوَكالةُ، فإذا تَعيَّنت فيها كان هذا تَمليكَ الدَّينِ مِن غَير مَن عليه الدَّينُ، وذلك لا يجوزُ، إلا إذا وَكَّله بقَبضه له، ثم بقبضه لنَفسه، وتَوكيلُ الْمَجهولِ لا يجوزُ، فكان باطِلًا.

وأما مَسألةُ التَّصادُق بأن لا دَينَ عليه بعد الشِّراءِ به: فلأن النَّقدَ لا يَتعيَّن في البَيع، دَينًا كان أو عَينًا، فإذا لم يَتعيَّن لا يَبطُل البيعُ ببُطلان الدَّينِ إذا لم يَتقيَّد به، بخِلاف الوَكالةِ؛ فإن النُّقودَ تَتعيَّن فيها، وكَلامُنا فيها.

وفي «النِّهاية»: أن النُّقودَ لا تَتعيَّنُ في الوَكالة قبل القبضِ بالإجماع، وكذا بعده عند عامَّتِهم، وعَزاه إلى «الزِّيادات» و«الذَّخيرةِ».

(و) لو أَمَره (بشِراء أمةٍ بألفٍ) دِرهَمٍ (دُفِع إليه، فاشتَرى، فقال) الآمِرُ

= وقال في «الهداية» ما نصه: ألا ترى أنه لو قيد الوكالة بالعين منها أو بالدين منها ثم استهلك أو أسقط الدين بطلت الوكالة! اهـ، قال الإتقاني: قال بعض الشارحين: إنما قيد بالاستهلاك دون الهلاك: لأن بطلان الوكالة مخصوص بالاستهلاك دون الهلاك، وهذا الذي ذكره مخالف لما ذكروا في شروح «الجامع الصغير» في هذا الموضوع، حيث قالوا: لو هلكت الدراهم المسلمة إلى الوكيل بالشراء بطلت الوكالة، فأقول: كأن المصنف قَيَّد بالاستهلاك حتى لا يتوهم متوهم أن الوكالة لا تبطل إذا استهلك الوكيل الدراهم المسَلَّمة إليه؛ لأنه يضمن الدراهم فيقوم مثلها مَقامَها، فيصير كأن عينها باقية، فقال: بالاستهلاك تبطل الوكالة، كما في الهلاك؛ لتعين تلك الدراهم، كما في هلاك المبيع قبل التسليم. اهـ

(1) في (هـ): المعين.

(2) في (ج): سقط.

اشتَريتَها بخَمسِمائةٍ، وقال الْمَأمورُ: بألفٍ: فالقَولُ للمَأمور، وإن لم يَدفَع: فللآمِر.

وبشِراء هذا ولم يُسَمِّ ثمَنًا، فقال الْمَأمورُ: اشتَريتُه بألفٍ، وصَدَّقه البائعُ، وقال الآمِرُ: ....

(اشتَريتَها بخَمسِمائةٍ، وقال الْمَأمورُ) اشتَريتُها (بألفٍ: فالقَولُ للمَأمور) إذا كانَت الأمةُ تُساوِي ألفًا؛ لأنه أمينٌ ادَّعى الخُروجَ عن عُهدة الأمانةِ، والآمِرُ يَدَّعي عليه[1] حقَّ الرُّجوعِ بخَمسِمائةٍ، والْمَأمورُ يُنكِر، فكان القولُ قولَه، وإن كانَت تُساوِي خَمسَمائةٍ لا يَلزَم الآمِرَ؛ لأنه خالَفَ أمْرَه.

(وإن لم يَدفَع) الآمِرُ الألفَ إلى الْمَأمور والْمَسألةُ بحالِها (فللآمِر) أي فالقولُ للآمِر، وتَلزَم الأمةُ الْمَأمورَ.

وهذا فيما إذا كانَت قِيمةُ الأمةِ خَمسَمائةٍ فظاهِرٌ؛ لما ذكَرْنا من الْمُخالَفة، وإن كانَت قِيمتُها ألفًا فمَعناه: أنهما يَتخالَفان[2]؛ لأنهما اختَلَفا في مِقدار ما يجبُ للوَكيل على الْمُوكِّل، ثم إذا حَلَفا فُسِخَ العقدُ بينهما، وتَلزَم الجاريةُ الْمَأمورَ؛ لانتِقاض مِلكِ الآمِرِ بالفَسخ.

(و) لو أمَره (بشِراء هذا) العبدِ مثلًا (ولم يُسَمِّ ثمَنًا، فقال الْمَأمورُ: اشتَريتُه) أي العبدَ (بألفٍ، وصَدَّقه البائعُ) على ذلك (وقال الآمِرُ) اشتَريته

---

(١) في (أ): يدعي قبله حق، وفي (د): يدعي قلة حق. وانظر «التبيين» ٤/ ٢٦٧.

(٢) في (ج): مخالفان، وفي (هـ): أنهما لا يتخالفان. وانظر «التبيين» ٤/ ٢٦٨.

بنِصفِه: تَحالَفا.

وبشِراء نفسِ الآمِرِ من سَيِّده بألفٍ، ودَفَع، فقال لسَيِّده: اشتَريتُه

(بنِصفِه) وهو خَمسُمائةٍ (تَحالَفا) لأنهما اختَلَفا في مِقدار الثَّمَنِ، وليس لهما بَيِّنةٌ، فوَجَب الْمَصيرُ إلى التَّحالُف، كما في الْمَسألة الأُولى.

وقِيل: لا يَتحالَفان هنا؛ لأن الخِلافَ يَرتفِعُ بتَصديق البائعِ؛ إذ هو حاضِرٌ، فيُجعَل تَصادُقُهما بمَنزِلة إنشاءِ العقدِ في الحال، وفي الْمَسألة الأُولى هو غائِبٌ، فاعتُبِر الخِلافُ، وإلى هذا مال الفَقيهُ أبُو جَعفَرٍ، وقال قاضِي خانَ: وهو الأصحُّ، ومال أبُو مَنصورٍ[1] إلى الأوَّل، وقال في «الهِداية»: وهو أظهَرُ، وقال في «الكافِي»: وهو الصَّحيحُ.

(و) لو أَمَره (بشِراء نفسِ الآمِرِ) بأن كان عبدًا، فأمَره أن يَشترِيَه (من سَيِّده بألف) دِرهَم (ودَفَع) الألفَ إلى الوَكيل (فقال) الوَكيلُ (لسَيِّده) وقتَ الشِّراءِ (اشتَريتُه) أي العبدَ ....

(١) في «الشرنبلالية» ٢/ ٢٨٨: أبو نصر، وفي «التبيين» ٤/ ٢٦٨ كالمثبت هنا، فإن يكن أبا منصور فهو إمام الهدى الماتريدي، وإن يكن أبا نصر فهو الأقطع، وقد مرت ترجمته، والأرجح الأول لتقارب الطبقة، وأما إمام الهدى فهو:
أبو منصور، محمد بن محمد بن محمود، الماتريدي السمرقندي، إمام الهدى، وشيخ الإسلام، ورئيس أهل السنة والجماعة، الإمام الحجة المتبع، وهو والإمام أبو الحسن الأشعري مؤسسا مدارس علم التوحيد والكلام لأهل السنة، من مصنفاته: «التوحيد»، و«تأويلات أهل السنة» في التفسير، و«مآخذ الشرائع» في الأصول، توفي رَحِمَهُ اللَّهُ سنة (٣٣٣ هـ)، وانظر ترجمته في «الجواهر المضية» ٢/ ١٣٠.

لنَفسه، فباعَه: عَتَق، ووَلاؤُه لسَيِّده، وإن قال: اشتَريتُه: فالعبدُ للمُشتَري، والألفُ لسَيِّده، وعلى الْمُشتَري ألفٌ مِثلُه.

(لنَفسه، فباعَه) السَّيِّدُ على هذا (عَتَق) العبدُ.

(ووَلاؤُه لسَيِّده) لأن بيعَ نفسِ العبدِ من نَفسه إعتاقٌ على مالٍ، وشِراءُ العبدِ نفسَه قَبولُ الإعتاقِ ببَدَلٍ؛ لأن اعتِبارَه بيعًا حَقيقةً غيرُ مُمكِنٍ، فإذا اشتَراه الوَكيلُ صار البائعُ مُعتِقًا، فيَلزَمُه الوَلاءُ، والوَكيلُ بالقَبول سَفيرٌ ومُعبِّرٌ عنه، فلا تَرجِعُ الحُقوقُ إليه.

(وإن قال) الوَكيلُ (اشتَريتُه) ولم يُبيِّن أنه يَشتريه لنَفس العبدِ (فالعبدُ) يَصيرُ مِلكًا (للمُشتَري) وهو الوَكيلُ (والألفُ) الذي أَخَذه من العَبد ودَفَعه إلى الْمَولى: كان (لسَيِّده) لأنه كسبُ عبدِه.

(وعلى الْمُشتَري ألفٌ مِثلُه) أي مِثلُ الألفِ الأوَّلِ لأجل الثَّمَنِ؛ لأن الأداءَ بَطَل؛ لاستِحقاق الْمَولى ما أدّاه بجِهةٍ[1] أُخرى، وهو أنه كسبُ عبدِه، فكان مِلكًا له قبل الشِّراءِ، وعلى الوَكيل ألفٌ[2]؛ لأنه عاقِدٌ ومالِكٌ للعَبد، وفي الْمَسألة الأولى: المالُ على العَبد دون الوَكيلِ.

وذَكَر محمدٌ في وَكالة «الجامِعِ الكَبيرِ» أن العبدَ يَعتِقُ، والمالَ على الوَكيل، والصَّحيحُ الأوَّلُ.

---

(١) في (ج): لجهة.
(٢) في (هـ): الألف.

وإن قال لعبدٍ: اشترِ لي نَفسَك من مَولاك، فقال للمَولى: بِعْني نَفسي لفُلانٍ، ففَعَل: فهو للآمِر، وإن لم يَقُل لفُلانٍ: عَتَق.

(وإن قال) رجلٌ **(لعبدٍ: اشترِ لي نَفسَك من مَولاك، فقال)** العبدُ **(للمَولى: بِعْني نَفسي لفُلانٍ، ففَعَل)** أي باعَه الْمَولى على هذا الشَّرطِ **(فهو)** أي العبدُ كان مِلكًا **(للآمِر)** لأن العبدَ أضاف العقدَ للآمِر، فصار مِلكًا له.

(وإن لم يَقُل) العبدُ **(لفُلانٍ)** حينَ قال: بِعْني نَفسي **(عَتَق)** لأنه أضاف الشِّراءَ إلى نَفسه، فكان إعتاقًا على مالٍ، وكذا لو أطلَق، بأن قال: بِعْني نَفسي، ولم يَقُل: لي، ولا: لفُلانٍ.

ثم الثَّمَنُ هنا يكونُ في ذِمّة العبدِ في الوَجهَين دون ذِمّةِ الآمِرِ، أما إذا وَقَع الشِّراءُ له: فظاهِرٌ، وأما إذا وَقَع للآمِر: فلأنه هو الْمُباشِرُ للعَقد، فتَرجِع الحُقوقُ إليه، فيُطالَبُ بالثَّمَن، ويَرجِعُ به هو على الآمِر.

فإن قُلتَ: هو مَحجورٌ عليه، والوَكيلُ إذا كان مَحجورًا عليه لا تَرجِع الحُقوقُ إليه.

قُلتُ: قد زال الحَجرُ هنا بالعَقد الذي باشَرَه مُقترِنًا بإذنِ الْمَولى.

ثم إذا كان الشِّراءُ للآمِر فلا بُدَّ من قَبول العبدِ؛ لأنه بيعٌ، فلا يَنعقِد إلا بالإيجاب والقَبولِ، وإن وَقَع للعَبد يُكتَفى بقَول الْمَولى: (بِعتُ)، ولا يُحتاجُ فيه إلى قَبول العبدِ بعد قَولِه: (بِعْني نَفسي)؛ لأنه إعتاقٌ، فيَستبِدُّ به الْمَولى؛ بِناءً على أن الواحِدَ يَتولّى طَرَفَي العقدِ في العَتق، كالنِّكاح، ولا يَتولّى طَرَفَي العقدِ في البَيع، فافهَم.

فصلٌ [فيما يَتصرَّفُ الوُكَلاءُ من التَّصرُّفات الفاسِدةِ وغيرِها]

الوَكيلُ بالبَيع والشِّراءِ: لا يَعقِد مع من تُرَدُّ شَهادتُه له.

هذا (فصلٌ)

فيما يَتصرَّفُ الوُكَلاءُ من التَّصرُّفات الفاسِدةِ وغيرِها

(**الوَكيلُ بالبَيع والشِّراءِ لا يَعقِد مع من تُرَدُّ شَهادتُه له**) أي للوَكيل، مِثلُ قَرابةِ الوِلادِ، وأحَدِ الزَّوجَين للآخَر، وعَبيدِه، عند أبي حنيفة، وقالا: يجوزُ بَيعُه منهم بمِثل القِيمةِ، إلا من عَبده ومُكاتَبِه؛ لأنه أتى بما وُكِّل به، والأملاكُ بينهم مُتباينةٌ، فكان عاقِدًا مع غيرِه، بخِلاف العبدِ والْمُكاتَبِ، وبه قال أحمدُ في رِوايةٍ، والشّافعيّةُ في وجهٍ، وله: أنه لا يَعرى عن التُّهَمة، وهي مُستَثناةٌ عن الوَكالة.

والصَّرفُ، والسَّلَمُ، والإجارةُ، ونحوُها: على هذا الخِلافِ، وفي «النِّهاية»: أن الوَكيلَ بالبَيع إذا باع ممن لا تُقبَل شَهادتُه له.. إن كان بأكثرَ[1] من القِيمة: يجوزُ بلا خِلافٍ، وإن كان بأقلَّ منها بغَبْنٍ فاحِشٍ: لا يجوزُ بالإجماع، وإن كان بغَبْنٍ يَسيرٍ: لا يجوزُ عند أبي حنيفةَ، خِلافًا لهما، وإن كان بمِثل القِيمةِ.. فعن أبي حنيفة رِوايتان، في رِوايةِ الوَكالةِ والبُيوعِ: لا يجوزُ، وفي رِواية الْمُضارَبةِ: يجوزُ.

---

(١) في (ب) و(هـ): أكثر.

وصحَّ بَيعُه بما قَلَّ وكَثُرَ، وبالعَرْضِ، والنَّسيئةِ.

ويُقيَّد شِراؤُه بمِثل القِيمةِ، وزِيادةٍ يُتغابَن فيها، وهو: ما يَدخُل تحت تَقويمِ الْمُقوِّمين.

(وصحَّ بَيعُه) أي بَيعُ الوَكيلِ (بما قَلَّ وكَثُرَ) يَعني: بالقَليل والكَثيرِ (و) صحَّ بَيعُه أيضًا (بالعَرْضِ[1] والنَّسيئةِ) يَعني: إلى أجَلٍ عند أبي حنيفةَ.

وقالا: لا يجوزُ بَيعُه بنُقصانٍ لا يَتغابَن النّاسُ في مِثله، ولهذا لا يجوزُ إلا بالدَّراهِم حالّةً أو إلى أجَلٍ مُتعارَفٍ، وهو رِوايةٌ عن أبي حنيفةَ، رَواها الحسَنُ عنه، وهو قولُ الثَّلاثةِ أيضًا؛ لأن الْمُطلَقَ يُحمَل على الْمُتعارَف، وهو البيعُ بمِثل القِيمةِ أو بغَبْنٍ يَسيرٍ.

وله: أنه وَكَّله بالبَيع الْمُطلَقِ، وهذا بيعٌ مُطلَقٌ، فيَنفُذُ عليه.

(ويُقيَّد شِراؤُه) أي شِراءُ الوَكيلِ (بمِثل القِيمةِ) حتى لا يجوزُ شِراؤُه بالغَبْن الفاحِشِ، وهذا بالإجماع (وزِيادةٍ) أي وبزِيادةٍ على القِيمة بما (يُتغابَن فيها) بين النّاسِ.

(وهو) أي الغَبْنُ الذي هو اليَسيرُ الذي لا تَخلو عنه عُقودُ النّاس (ما يَدخُل تحت تَقويمِ الْمُقوِّمين) وما لا يَدخُل تحت تَقويمِهم: غَبْنٌ فاحِشٌ.

وقِيل: حَدُّ الفاحِشِ في العُروض: نِصفُ عُشرِ القِيمةِ، وفي الحَيَوان: عُشْرُ القِيمةِ، وفي العَقار: خُمُسُ القِيمةِ، وفي الدَّراهِم: رُبُعُ عُشْرِ القِيمةِ.

---

(1) في (أ) و(ج): بالعروض.

ولو وَكَّله ببَيع عبدٍ، فباع نِصفَه: صحَّ، وفي الشِّراء: يَتوقَّف، ما لم يَشتَرِ الباقِيَ.

ولو رَدَّ الْمُشتَري الْمَبيعَ على الوَكيل بالعَيب، ببَيِّنةٍ أو نُكولٍ: رَدَّه

وقِيل: لا يُتحمَّل الغَبْنُ اليَسيرُ أيضًا، وهذا ليس بشيءٍ.

هذا كُلُّه إذا كان سِعرُه غيرَ مَعروفٍ بين النّاس، ويُحتاجُ فيه إلى تَقويم الْمُقوِّمين، وأما إذا كان مَعروفًا، كالخُبز، واللَّحمِ، والْمَوزِ، والجُبْنِ: لا يُعفى فيه الغَبْنُ وإن قلَّ، ولو كان فَلْسًا واحِدًا.

(ولو وَكَّله) أي ولو وَكَّل رجلٌ رجلًا (ببَيع عبدٍ، فباع نِصفَه: صحَّ) البيعُ عند أبي حنيفةَ؛ لأن اللَّفظَ مُطلَقٌ، فيجوزُ مُجتمِعًا ومُتفرِّقًا، وقالا: لا يجوزُ؛ لأن فيه ضررَ الشِّركةِ، وبه قالَت الثَّلاثةُ.

(و) لو وَكَّله (في الشِّراء) أي بأن يَشترِيَ له عبدًا، فاشتَرى نِصفَه (يَتوقَّف) شِراؤه (ما لم يَشتَرِ) النِّصفَ (الباقِيَ) فإن اشتَرى باقِيَه قبل أن يَختصِما: لَزِم الْمُوكِّلَ، وإلا لَزِم الوَكيلَ، وهذا بالإجماع، قالَه الشّارحُ.

قُلتُ: فيه خِلافُ زفرَ والثَّلاثةِ؛ فإن عندهم: لا يَنفُذ البيعُ، إلا في قولٍ للشّافعيِّ[1]، وروايةٍ عن أحمدَ.

(ولو رَدَّ الْمُشتَري الْمَبيعَ على الوَكيل بالعَيب ببَيِّنةٍ) أقامَها الْمُشتَري عليه (أو نُكولٍ) من الوَكيل[2] حِين تَوجَّه عليه اليَمينُ (رَدَّه) الوَكيلُ

(١) في (ج) و(د): الشافعي.

(٢) في حاشية (ب): لعله الموكل.

على الآمِر، وكذا بإقرارٍ فيما لا يَحدُث.

أيضًا (على الآمِر) وهو الموكِّل[1]؛ لأن البيِّنةَ حُجّةٌ مُطلَقةٌ، والوَكيلُ مُضطَرٌّ في النُّكول؛ لعَدَم مُمارَستِه المَبيعَ[2]، فلَزِم الآمِرَ.

(وكذا) الحُكمُ فيما إذا رَدَّه الْمُشتَري على الوَكيل (بإقرارٍ) منه، لكن (فيما لا يَحدُث) أي في العَيب الذي لا يَحدُث.

والحاصِلُ في هذا: أن العَيبَ لا يَخلو إما أن لا يكونَ حادِثًا، كالسِّنِّ الزّائدةِ، والإصبَعِ الزّائدةِ، أو يكونَ حادِثًا، لكنه لا يَحدُثُ مِثلُه في مِثل تلك الْمُدّةِ، أو يَحدُثُ في مِثلها، فإن كان غيرَ حادِثٍ: رَدَّه القاضِي بغَير حُجّةٍ من بَيِّنةٍ أو نُكولٍ أو إقرارٍ، وكذا إذا كان حادِثًا، لكنه لا يَحدُث في مِثل هذه الْمُدّةِ: رَدَّه القاضِي بغَير بَيِّنةٍ ولا نُكولٍ ولا إقرارٍ؛ لعِلمه بكَونه عند البائعِ.

وإنَّما شَرَط الشَّيخُ البَيِّنةَ أو النُّكولَ أو الإقرارَ: لأن الحالَ قد يَشتبِه على القاضِي بأن لا يَعرِفَ تاريخَ البيعِ، فاحتاجَ إلى هذه الحُجّةِ لِيَظهَرَ التّاريخُ..

أو كان عَيبًا لا يَعرِفه إلا الأطِبّاءُ أو النِّساءُ، وقَولُهم حُجّةٌ في تَوجُّه الخُصومةِ لا[3] في الرَّدّ، حتى لو كان القاضِي عايَنَ البيعَ، وكان

---

(١) في سوى (أ) و(هـ): الوكيل.

(٢) كذا في «التبيين» ٤/ ٢٧٣.

(٣) في (ب) و(د) و(هـ): إلا.

....

العَيبُ ظاهرًا: لا يُحتاجُ إلى شيءٍ منها، وإن كان عَيبًا يَحدُثُ مِثلُه: فكذلك الحُكمُ إن كان ببَيِّنةٍ أو نُكولٍ؛ لأن البيِّنةَ حُجّةٌ مُطلَقةٌ، وكذا النُّكولُ حُجّةٌ في حَقِّه، فيَرُدُّه عليه.

ثم في هذه المَواضِعِ كُلِّها: رَدُّ القاضِي على الوَكيل يكونُ ردًّا على المُوكِّل، وإن رَدَّه عليه في هذا النَّوعِ بإقرارٍ بقَضاء القاضِي: لا يكونُ ردًّا على المُوكِّل؛ لأن الإقرارَ حُجّةٌ قاصِرةٌ، فلا يَتعدّى، بخِلاف ما إذا كان مما لا يَحدُثُ مِثلُه، ولكن له أن يُخاصِمَ المُوكِّلَ فيَرُدَّه عليه ببَيِّنةٍ[1] أو بنُكوله، وإن رَدَّه عليه بإقراره برِضاهُ من غَير قَضاءٍ: فليس له أن يَرُدَّه على المُوكِّل؛ لأنه إقالةٌ، وهي بيعٌ جَديدٌ في حَقِّ ثالِثٍ، والمُوكِّلُ ثالِثُهما..

بخِلاف ما إذا رَدَّه عليه بإقراره بقَضاءِ قاضٍ؛ لأن الرَّدَّ حَصَل بقَضاءٍ، فكان مُكرَهًا، فانعَدَم التَّراضِي، وهو شَرطٌ في المُعاوَضات الماليّةِ، فجُعِل فَسخًا في حقِّ الكلِّ، ولكنِ الفسخُ استَنَد إلى دَليلٍ قاصِرٍ، وهو الإقرارُ، فعَمِلنا بهما، فمن حيث إن الرَّدَّ فَسخٌ كان للوَكيل أن يُخاصِمَ المُوكِّلَ، ومن حيث إنه استَنَد إلى دَليلٍ قاصِرٍ لَزِم الوَكيلَ، إلا أن يُقيمَ حُجّةً على المُوكِّل.

وإن كان العَيبُ غيرَ حادِثٍ، أو كان حادِثًا، إلا أنه لا يَحدُث مِثلُه

---

(١) في (هـ): ببينته. وانظر «التبيين» ٤/ ٢٧٣.

وإن باع بنَسيئةٍ، فقال: أمَرتُك بنَقدٍ، وقال الْمَأمورُ: أَطلَقتَ: فالقَولُ للآمِرِ.

وفي الْمُضارَبة: للمُضارِب.

في تلك الْمُدّةِ، فرَدَّه على الوَكيل بإقرارٍ بغَير قَضاءٍ: لَزِم الوَكيلَ، وليس له أن يُخاصِمَ الْمُوكِّلَ، أي في عامّة رِواياتِ «الْمَبسوطِ»، وذَكَر في البُيوع أنه يكونُ رَدًّا عليه[1].

(وإن باع) الوَكيلُ (بنَسيئةٍ) أي إلى أجَلٍ (فقال) الْمُوكِّلُ (أمَرتُك بنَقدٍ) أي حالٍّ (وقال الْمَأمورُ) وهو الوَكيلُ (أَطلَقتَ) أي أمَرْتَني ببَيعه مُطلَقًا، ولم تَقُل شيئًا (فالقَولُ للآمِرِ) وهو الْمُوكِّلُ؛ لأن مَبنى الوَكالةِ على التَّقييد، حتى لا يَصِحُّ بدون بَيانِ النَّوعِ بعد الجِنسِ أو الثَّمَنِ.

(وفي) الاختِلاف في (الْمُضارَبة) بأن قال ربُّ المالِ: أمَرتُك أن تَبيعَه بنَقدٍ، وقال الْمُضارِبُ: (أَطلَقتَ): كان القَولُ (للمُضارِب) لأن الأصلَ فيها الإطلاقُ والعُمومُ، فكان القولُ له، بخِلاف ما إذا ادَّعى

(١) لأنهما فَعَلا عين ما يفعله القاضي لو رُفع إليه؛ إذ لا يكلفه القاضي إلى إقامة البينة، ولا إلى الحَلِف في هذه الصورة، بل يرده عليه بلا حجة، فكان الحق متعيّنًا في الرد. قلنا: الرد بالتراضي بيع جديد في حق ثالث، والموكل ثالثهما، ولا نسلم أن الحق متعين في الرد، بل يثبت حقه أولًا في وصف السلامة، ثم إذا عجز ينتقل إلى الرد، ثم إذا امتنع الرد بحدوث العيب أو بزيادة حدوث فيه ينتقل إلى الرجوع بالنقصان، فلم يكن الرد متعينًا، وهكذا ذكر الروايتين في «شرح الجامع الصغير» وغيره، وبين الروايتين تفاوت كثير؛ لأن فيه نزولًا من اللزوم إلى أن لا يخاصم بالكلية، وكان الأقرب أن يقال: لا يلزمه، ولكن له أن يخاصم. «التبيين» ٤/ ٢٧٣.

ولو أَخَذ الوَكيلُ بالثَّمَن رَهنًا، فضاع، أو كَفيلًا، فتَوَى عليه: لم يَضمَن.

ربُّ المالِ الْمُضارَبةَ في نوعٍ، والْمُضارِبُ في نوعٍ آخرَ؛ حيث يكونُ القَولُ لربِّ المالِ؛ لسُقوط الإطلاقِ باتِّفاقهما.

(ولو أَخَذ الوَكيلُ بالثَّمَن رَهنًا، فضاع) الرَّهنُ (أو) أخَذ (كَفيلًا، فتَوَى) أي هَلَك المالُ (عليه) أي على الوَكيل (لم يَضمَن) الوَكيلُ.

قال صاحِبُ «الهِدايةِ»: ومن أمَر رجلًا ببَيع عبدٍ، فباعَه، وأخَذ بالثَّمَن رَهنًا، فضاع في يَده، أو أخَذ به كَفيلًا، فتَوِي المالُ عليه: فلا ضَمانَ عليه؛ لأن الوَكيلَ أصيلٌ في الحُقوق، وقَبضُ الثَّمَنِ منها، والكَفالةُ تَوَثُّقٌ به، والارتِهانُ وَثيقةٌ لجانِب الاستيفاءِ، فيَملِكُهما، بخِلافِ الوَكيلِ بقَبض الدَّينِ؛ لأنه يَفعَل نِيابةً، وقد أنابَه في قَبض الدَّينِ دون الكَفالةِ وأخذِ الرَّهنِ.

وقال صاحِبُ «النِّهايةِ»: الْمُرادُ بالكَفالة هنا الحَوالةُ؛ لأن التَّوى لا يَتحقَّق في الكَفالة، وقِيل: الكَفالةُ على حَقيقتها؛ فإن التَّوى يَتحقَّق فيها، بأن مات الكَفيلُ والْمَكفولُ عنه مُفلِسينَ.

قُلتُ: الْمُرادُ بالتَّوى تَوًى يُضافُ إلى أخذه الكَفيلَ، وذلك يَحصُلُ بالْمُرافَعة إلى حاكِمٍ يَرى بَراءةَ الأصيلِ عن الدَّين بالكَفالة، ولا يَرى الرُّجوعَ على الأصيلِ بمَوته مُفلِسًا، مِثلُ أن يكونَ القاضِي مالِكيًا، ويَحكُمَ به بمَوت الكَفيلِ مُفلِسًا.

ولا يَتصرَّفُ أحدُ الوَكيلَين وحدَه، إلا في: خُصومةٍ، وطَلاقٍ، .....

وقولُ صاحِبِ «النِّهايةِ» ليس بشَيءٍ؛ لأن الدَّينَ لا يَتوى في الحَوالة بمَوت المُحالِ عليه مُفلِسًا، بل يَرجِع به على المُحيل، وإنما يَتوى بمَوتهما مُفلِسَين، فافهَم.

(ولا يَتصرَّفُ أحدُ الوَكيلَين) إذا وَكَّلهما أحدٌ[1] حالَ كَونِه (وحدَه) لأنه ما رَضِي إلا برَأيهما جَميعًا (إلا) أنه يجوزُ أن يَتصرَّفَ أحَدُهما وحدَه (في خُصومةٍ) عندنا، وقال زفرُ: لا يجوزُ أن يتصَرَّفَ؛ لأنه مُحتاجٌ إلى الرَّأي، والمُوكِّلُ لم يَرضَ برَأي أحَدِهما، وبه قالَت الثَّلاثةُ.

ولنا: أن اجتِماعَهما على ذلك يُؤدِّي إلى التَّعسُّف[2] والتَّشوُّشِ[3]، فيُباشِرُ أحَدُهما برَأي الآخَرِ، حتى لو باشَر أحَدُهما بدون رأيِ الآخَرِ لا يجوزُ عندنا.

(و) في (طَلاقٍ) أيضًا يجوزُ لأحَدهما أن يَنفرِدَ بالتَّصرُّف، إلا إذا قال: طَلِّقاها إن شِئتُما، أو جَعَل أمْرَها بإرادتِهما[4]، فحينَئذٍ يكونُ تَفويضًا أو تَعليقًا، فيُشترَطُ فِعلُهما لوُقوع الطَّلاقِ، وكذا لو قال: (طَلِّقاها جَميعًا) ليس لأحَدهما أن يُطلِّقَها وحدَه، ولا يَقَع عليها طَلاقُ أحَدِهما.

---

(١) في (ز) و(ح): إذا وكلهما معًا.
(٢) العَسْف: السير على غير هدى، وركوب الأمر من غير تدبير، وركوب مفازة بغير قصد، ومنه التعسف. «العين» ١/ ٣٣٩.
(٣) في (هـ): التعنيف، وفي (ز): الشغب، و(ح): التشويش.
(٤) في (هـ): بأيديهما.

وعَتاقٍ بلا بَدَلٍ، وردِّ وَديعةٍ، وقَضاء دَينٍ.

ولا يُوكِّلُ إلا بإذنٍ، أو بـ: اعمَل برَأيك.

ولو قال: طَلِّقاها جَميعًا ثَلاثًا، فطَلَّقها أحَدُهما طَلْقةً، والآخَرُ طَلْقتَين: لا يَقَع.

(و) في (عَتاقٍ) أيضًا يجوزُ لأحَدهما الانفِرادُ بالتَّصرُّف.

وقولُه: (بلا بَدَلٍ) يَرجع إلى الطَّلاق والعَتاقِ جَميعًا، وقَيَّد به: لأنه إذا كان التَّوكيلُ لاثنَين في الطَّلاق ببَدَلٍ أو العَتاقِ ببَدَلٍ: لا يجوزُ انفِرادُ أحَدِهما؛ لأنه يُحتاجُ فيه إلى الرَّأي.

(و) في (ردِّ وَديعةٍ) أيضًا يجوزُ الانفِرادُ؛ لأنه لا يُحتاجُ فيه إلى الرَّأي، بخِلاف ما إذا وَكَّلهما باستِردادها؛ حيث لا يكونُ لأحَدهما أن يَقبِضَ بدون صاحِبِه؛ لأن للمُوكِّل فيه غَرَضًا صَحيحًا؛ لأن حِفظَ اثنَين خيرٌ من حِفظِ واحِدٍ، فإذا قَبَض أحَدُهما ضَمِن كُلَّه.

(و) في (قَضاء دَينٍ) أيضًا يجوزُ الانفِرادُ، نحوُ رَدِّ الوَديعةِ، واقتِضاؤُها مِثلُ استِردادِها.

(ولا يُوكِّلُ) الوكيلُ، يَعني: ليس له أن يُوكِّلَ (إلا بإذنٍ) من الْمُوكِّل (أو بـ: اعمَل) أي أو قال له: اعمَل (برَأيك) لأنه رَضِي برَأيه دون رأيِ غيرِه، فلا يَملِكه بدون التَّفويضِ، وعند الشّافعيِّ ومالِكٍ: لا يَملِك بهما أيضًا، إلا إن عَجَز عن مُباشَرته بنَفسه، فإذا فَوَّض إليه ووَكَّل: كان الثّاني وَكيلًا عن الْمُوكِّل، حتى لا يكونُ للأوَّل أن يَعزِلَه.

فإن وَكَّل بلا إِذن الْمُوكِّلِ، فعَقَد بحَضرته، أو باع أجنَبيٌّ، فأجاز: صحَّ.

ولا يَنعزِلُ بمَوته، ويَنعزِلان بمَوت الْمُوكِّلِ، وهو نَظيرُ استِخلافِ القاضِي، حيث لا يَملِكه إلا بإِذن الخَليفةِ، ثم لا يَنعزِل بعَزْل القاضِي الأوَّلِ ولا بمَوته، ويَنعزِلان بعَزْل الخَليفةِ لهما، لكن لا يَنعزِلان بمَوته.

(فإن وَكَّل) الوَكيلُ (بلا إِذن الْمُوكِّلِ، فعَقَد) الوَكيلُ الثَّاني (بحَضرته) أي بحَضرة الوَكيلِ الأوَّلِ (أو باع أجنَبيٌّ، فأجاز) بيعَه الوَكيلُ الأوَّلُ (صحَّ) في الوَجهَين؛ لأن مَقصودَ الْمُوكِّلِ حُضورُ رأيِه، وقد حَصَل.

واختَلَفوا في العُهدة فيما إذا عَقَد الوَكيلُ الثَّاني بحَضرة الأوَّلِ، فذَكَر البَقّاليُّ[1] في «فَتاواه»: أن الحُقوقَ تَتعلَّقُ بالأوَّل، وكذا ذَكَر الْمَحبُوبيُّ.

وذَكَر في حِيَل «الأصلِ» و«العُيونِ»: أن الحُقوقَ تَرجِع إلى الثَّاني، وهو الصَّحيحُ؛ لأنه هو العاقِدُ.

والوَكيلُ بالطَّلاق أو العَتاقِ إذا وَكَّل غيرَه، فطَلَّق[2] الثَّاني بحَضرة الوَكيلِ الأوَّلِ: لا يَنفُذ؛ لأن الآمِرَ عَلَّقه بلَفظ الأوَّلِ دون الثَّاني، وهو يَتعلَّق بالشَّرط، بخِلاف البيعِ ونحوِه.

---

(١) زين المشايخ، أبو الفضل، محمد بن أبي القاسم بن بايجوك، البقالي، الخوارزمي، الحنفي، المفسر الفقيه الأديب، من مصنفاته: «مفتاح التنزيل»، و«البداية» في المعاني والبيان، و«التنبيه على إعجاز القرآن»، توفي رَحِمَهُ اللَّهُ سنة (٥٦٢ هـ)، وانظر ترجمته في «بغية الوعاة» ١/ ٢١٥.

(٢) في (أ): فطلقه، وفي (ب) و(د): يطلقه.

وإن زَوَّج عبدٌ أو مُكاتَبٌ أو كافِرٌ صَغيرَتَه الحُرّةَ الْمُسلِمةَ، أو باع لها، أو اشتَرى: لم يَجُز.

(وإن زَوَّج عبدٌ أو مُكاتَبٌ أو كافِرٌ صَغيرَتَه الحُرّةَ الْمُسلِمةَ، أو باع) واحِدٌ من هؤلاء **(لها)** أي للصَّغيرة الحُرّةِ الْمُسلِمةِ **(أو اشتَرى)** لها **(لم يَجُز)** لأنه لا وِلايةَ لهؤلاء؛ ألا تَرى أن العبدَ لا يَملِكُ إنكاحَ نفسِه، فكيف يَملِك إنكاحَ غيرِه، وكذا الكافِرُ لا وِلايةَ له على الْمُسلِم، والْمُكاتَبُ عبدٌ ما بَقِي عليه دِرهَمٌ.

ولا فرقَ بين أن يكونَ الكافِرُ ذِمِّيًا أو حَربيًا، وأما الْمُرتدُّ: فإنَّ وِلايتَه على أولاده وأموالِه مَوقوفةٌ بالإجماع.

باب الوَكالةِ بالخُصومة والقَبضِ

الوَكيلُ بالخُصومة والتَّقاضِي: لا يَملِك القبضَ.

وبقَبض الدَّينِ: يَملِك الخُصومةَ، ....

هذا (باب)

في بَيان أحكامِ (الوَكالةِ بالخُصومة والقَبضِ)

أي قبضِ الدَّينِ ونَحوِه.

(الوَكيلُ بالخُصومة والتَّقاضِي) أي الطَّلَب، وهو تَفاعُلٌ، مِن قَضى دَينَه، واقتَضَيتُ منه دَيني: أي أَخذتُه (لا يَملِك القبضَ) هذا مَذهَبُ زفرُ، وعليه الفَتوى؛ لأنه اختارَه في الْمَتن، واختارَه السَّرْخسيُّ، وهو قولُ الثَّلاثةِ أيضًا، وذلك لظُهور الخِيانةِ في الوُكَلاء، وقد يُؤتَمن على الخُصومة مَن لا يُؤتَمن على القَبض.

وعند عُلَمائِنا الثَّلاثةِ: يَملِك القبضَ، عَينًا كان أو دَينًا؛ لأن الوَكيلَ بالشَّيء وَكيلٌ بإتمامه، وإتمامُ الخُصومةِ والتَّقاضِي يكونُ بالقَبض، وما لم يَقبِض فالخُصومةُ قائِمةٌ.

(و) الوَكيلُ (بقَبض الدَّينِ يَملِك الخُصومةَ) حتى لو أُقيمَت عليه البَيِّنةُ على استيفاء الْمُوكِّلِ أو إبرائِه: تُقبَل عند أبي حنيفةَ؛ لأن ما يَقبِضه الوَكيلُ مِلكُ الْمَطلوبِ، فيكونُ الأمرُ به أمرًا بالتَّملُّك[1]، فيَنتصِبُ خَصمًا،

(١) في (د) و(هـ): بالتمليك.

وبقَبض العَينِ: لا.

كالوَكيل بقَبض الشُّفعةِ[1].

وعندهما وزفرَ والثَّلاثةِ: لا يكونُ وَكيلًا بها، إلا في قولٍ للشَّافعيِّ وروايةٍ عن أحمدَ: يكونُ وَكيلًا بها؛ لأن التَّوكيلَ يَتناولُ قبضَ الدَّينِ لا غيرُ.

وكذا إذا جَحَد الغَريمُ، وأقام الوَكيلُ البَيِّنةَ عليه: تُقبَل عند أبي حنيفة، خِلافًا لهما.

(و) الوَكيلُ (بقَبض العَينِ: لا) يَملِك الخُصومةَ، ثم فَرَّع عليه بالفاءِ

(١) قال الإتقاني: قال القدوري في كتابه المسمى بـ «التقريب»: قال أبو حنيفة: الوكيل بقبض الدين وكيل بالخصومة، فإن أقام المطلوب البينة أنه قضى الموكِّل: قُبلت بينته عليه، وقالا: لا تقبل بينته على القضاء، إلا أن الخصومة تسقط. اهـ، قال الإتقاني، وإنما قيد بالوكيل بقبض الدين: لأن الوكيل بقبض العين لا يكون خصمًا إجماعًا، ونقل في «الفتاوى الصغرى» عن شيخ الإسلام خواهر زاده أن الوكيل بقبض الدين لا يملك الخصومة إجماعًا إن كان التوكيل من القاضي، كما لو وَكَّل وكيلًا بقبض ديون الغائب، وقال محمد في «الجامع الصغير»: عن يعقوب عن أبي حنيفة في رجل له في يدي رجلٍ عبدٌ، فوكل رجلًا بقبضه من الذي العبدُ في يديه، ثم غاب الموكل، فأقام الذي في يديه العبد البينة أن الغائب قد باعه إياه، فقال: أَقِفُهُ حتى يحضر الغائب.
وكذلك الطلاق والعتاق وكل شيء إلا الدَّين، فإنه إذا كان لرجل على رجل دَينٌ فوكَّل رجلًا بقبضه، فأقام الذي عليه الدين البينة أنه قد أوفاه: قُبلت بينتُه، وقال أبو يوسف ومحمد: هذا والأول سواء. إلى هنا لفظ محمد في أصل «الجامع الصغير». اهـ شلبي ٤/ ٢٧٨.

فلو بَرْهَن ذُو اليدِ على الوَكيل بالقَبض أن الْمُوكِّلَ باعَه: وَقَف الأمرُ حتى يَحضُرَ الغائِبُ.

وكذا الطَّلاقُ والعَتاقُ.

ولو أقَرَّ الوَكيلُ بالخُصومة عند القاضِي: صحَّ، ....

بقَوله: (فلو بَرْهَن ذُو اليدِ) أي أقام بيِّنةً (على الوَكيل بالقَبض أن الْمُوكِّلَ باعَه) أي باع له الشَّيءَ الذي يَدَّعي الوَكيلُ قبْضَه: لم تُقبَل بيِّنتُه إلا في حقِّ قصرِ يدِ الوَكيلِ عن العَين.

فإذا كان كذلك (وَقَف الأمرُ حتى يَحضُرَ الغائِبُ) وهو الْمُوكِّلُ، فإذا حَضَر أُمِر الخَصمُ بإعادة البيِّنةِ على ما ادَّعى به؛ لأن البيِّنةَ قامَت على نَفس الحقِّ وعلى قَصر اليدِ، والوَكيلُ خصمٌ في حقِّ اليدِ فحَسبُ، فيُقبَلُ في حَقِّه، فتُقصَرُ يدُه عنه، كما إذا أقام الخَصمُ البيِّنةَ أن الْمُوكِّلَ عَزَله عن الوَكالة، فإنها تُقبَل في حقِّ قصرِ اليدِ.

(وكذا) الحُكمُ في (الطَّلاق) بأن أقامت الْمَرأةُ البيِّنةَ على الوَكيل بنَقلها أن الزَّوجَ طَلَّقها ثَلاثًا: لا تُقبَل في حقِّ وُقوعِ الطَّلاقِ، وتُقبَل في حقِّ قصرِ يدِ الوَكيلِ عنها، فيَتوقَّف الأمرُ إلى أن يَحضُرَ الزَّوجُ.

(و) في (العَتاق) بأن أقام العبدُ البَيِّنةَ على الوَكيل بنَقله أن الْمَولى قد أعتَقه: لا تُقبَل في حقِّ وُقوعِ العَتاقِ، وتُقبَل في حقِّ قصرِ يدِ الوَكيلِ عنه، فيَتوقَّفُ الأمرُ إلى أن يَحضُرَ الْمَولى، وهذان بالإجماع استِحسانًا.

(ولو أقَرَّ الوَكيلُ بالخُصومة) على مُوكِّله (عند القاضِي: صحَّ) إقرارُه

وإلا لا.

عليه، ويَنفُذ عليه، وقال زفرُ: لا يَصِحُّ، ولا يَنفُذ؛ لأنه أَتى بغَير الْمَأمورِ به؛ لأنه مَأمورٌ بالخُصومة عنه في مَجلِس القاضِي، وما أَتى به من الإقرار جَوابٌ، فلا يَصِحُّ، وبه قالَت الثَّلاثةُ، وهو قولُ أبي يوسفَ أوَّلًا.

ولنا: أن التَّوكيلَ صَحيحٌ، فيَدخُلُ تحتَه ما يَملِكه الْمُوكِّلُ، وهو الجَوابُ مُطلَقًا.

ويُرادُ بالخُصومة مُطلَقُ الجَوابِ عُرفًا مَجازًا؛ لأنها[1] سبَبُها، فذِكرُ السَّبَبِ وإرادةُ الْمُسبَّبِ سائِغٌ شائِعٌ.

(وإلا) أي وإن أقَرَّ عند غيرِ القاضِي (لا) يَصِحُّ عندهما، وقال أبو يوسف: يَصِحُّ، ولا يُشترَط حُضورُ مَجلِسِ الحُكمِ؛ لأنه نائِبُه، فصار إقرارُه كإقراره يَنفُذ أينما وُجِد، ولهُما[2]: أنه وَكيلٌ لجَواب الخصمِ بطَريق الْمَجازِ، والجَوابُ الْمُعتبَرُ في الحُكم هو الجَوابُ في مَجلِس القاضِي لا في غَيره.

ولو استَثنى الْمُوكِّلُ بالخُصومة الإقرارَ.. فعن أبي يوسف: أنه لا يَصِحُّ، وعن محمدٍ: أنه يَصِحُّ، وعن محمدٍ: أنه فَرَّق[3] بين الطّالِبِ والْمَطلوبِ، فصَحَّحه من[4] الطّالِب دون الْمَطلوبِ.

---

(١) في (د): لأنهما.

(٢) في (ب) و(هـ): ولنا.

(٣) في (ب) و(هـ): أنه لا فرق.

(٤) في (ب) و(هـ): فصححه في الطالب.

وبَطَل تَوكيلُ الكَفيلِ بمالٍ.

ولو أقَرَّ الوَكيلُ بالخُصومة في حدِّ القَذفِ والقِصاصِ: لا يَصِحُّ إقرارُه.

(وبَطَل تَوكيلُ الكَفيلِ بمالٍ) صورتُه: إذا كان لرجلٍ دَينٌ على آخرَ، وكَفَل به رجلٌ، فوَكَّل الطّالبُ الكَفيلَ بقَبض ذلك الدَّينِ مِن الذي عليه الأصلُ: لم يَصِحَّ التَّوكيلُ؛ لأن الوَكيلَ هو الذي يَعمَل لغَيره، ولو صَحَّحنا هذه الوَكالةَ صار عامِلًا لنَفسه، ساعِيًا في بَراءة ذِمّتِه، فانعَدَم الرُّكنُ، فبَطَل.

فإن قُلتَ: الدّائنُ إذا وَكَّل الْمَدينَ بإبراء نفسِه عن الدَّين يَصِحُّ، وإن كان عامِلًا لنَفسه ساعِيًا في بَراءة ذِمّتِه.

قُلتُ: هذا تَمليكٌ، وليس بتَوكيلٍ، كما في قَوله لامرَأته: طَلِّقي نَفسَكِ.

فإذا بَطَلت الوَكالةُ.. فلو قَبَضه من المدين، وهَلَك في يَده: لم يَهلِك على الطّالِب، ولو أبرَأه عن الكَفالة لا تَنقلِبُ صَحيحةً؛ لوُقوعها باطِلةً ابتِداءً، كما لو كَفِل عن غائبٍ[1]، فإنه يَقَع باطِلًا، ثم إذا بَلَغه فأجازه: لم يَجُز[2].

---

(١) في سوى (أ) و(ج): كالوكيل عن غائب. وانظر «التبيين» ٤/ ٢٨١.

(٢) في سوى (أ): لم يَجُز.

وفي «التبيين» ٤/ ٢٨١: ولا يقال: ينبغي أن تبطُلَ الكفالةُ وتصِحَّ الوكالةُ كعكسه، فإنه لو وكله بقبض الدين ثم ضمن الوكيل الدين صح الضمان وبَطَلت الوكالة؛ لأنَّا نقول: الكفالة أقوى من الوكالة؛ لكونها لازمةً، فتصلح ناسخةً لها، بخلاف العكس، ويجوز أن يوكِّل الكفيل بالنفس بالخصومة؛ لأن الواحد يقوم بهما.

ومَن ادَّعى أنه وَكيلُ الغائِبِ في قَبض دَينِه، فصَدَّقه الغَريمُ: أُمِر بدَفعه إليه.

فإن حَضَر الغائِبُ، فصَدَّقه، وإلا: دَفَع إليه الغَريمُ الدَّينَ ثانِيًا، ورَجَع به على الوَكيل لو باقِيًا، وإن ضاع: لا، ....

وقَيَّد بقَوله: (الكَفيلِ بمالٍ): لأنه يجوزُ تَوكيلُ الكَفيلِ بالنَّفس بالخُصومة؛ لأن الواحِدَ يَقومُ بهما.

(**ومَن ادَّعى أنه وَكيلُ الغائِبِ في قَبض دَينِه، فصَدَّقه الغَريمُ**) أنه وَكيلُه (**أُمِر**) الغَريمُ (**بدَفعه**) أي بدَفع الدَّينِ (**إليه**) أي إلى مُدَّعي الوَكالةِ عن الغائِب؛ لأنه أقَرَّ على نَفسه أن ما يَقبِضه من المال مالُه، وعند الثَّلاثةِ: لا يُؤمَر به.

(**فإن حَضَر الغائِبُ، فصَدَّقه**) على ذلك فلا كلام (**وإلا**) أي وإن لم يُصدِّقه (**دَفَع إليه**) أي إلى الغائِب الذي حَضَر (**الغَريمُ الدَّينَ**) دَفعًا (**ثانِيًا**) لأنه بإنكار الوَكالةِ لم يَثبُت استيفاءُ الدَّينِ، والقَولُ قَولُه في الإنكار مع يَمينِه (**ورَجَع**) الغَريمُ (**به**) أي بالدَّين الذي دَفَعه (**على الوَكيل لو**) كان الذي قَبَضه (**باقِيًا**) في يَده؛ لأن غَرَضَه ليس مُجرَّدَ الدَّفعِ، بل تَحصيلُ بَراءةِ الذِّمّةِ، ولم تَحصُل، فكان له نَقضُ ذلك القَبضِ.

(**وإن ضاع**) أي المَقبوضُ في يَد الوَكيلِ (**لا**) يَرجِع عليه بشيءٍ؛ لأنه لما صَدَّقه في الوَكالة فقد اعتَرَف أنَّه مُحِقٌّ بالقَبض، والظّالمُ هو الطّالبُ بالأخذ منه ثانِيًا، والمَظلومُ لا يَظلِمُ غيرَه..

إلا إذا ضَمَّنه عند الدَّفعِ، أو لم يُصدِّقه على الوَكالة، ودَفَعه إليه على ادِّعائه.

(إلا إذا ضَمَّنه) بتَشديد الميمِ، أي إلا أن يكونَ قد ضَمَّنه إيّاه (عند الدَّفعِ) إلى الوَكيل، بأن يَقولَ للوَكيل: نعم، أنت وَكيلُه، لكن لا آمَنُ أن يَجحَدَ الوَكالةَ ويَأخُذَ منِّي ثانيًا، فهل أنت كَفيلٌ عنه بما أَخَذه منِّي ثانِيًا؟ فيَضمَنُ الوَكيلُ[1] ذلك الْمَأخوذَ، فيكونُ صَحيحًا على هذا الوجهِ.

إلا أنه ليس للمَديون أن يُضمِّنَ الوَكيلَ ما لم يَأخُذ الطّالبُ مِقدارَ الدَّين؛ لأن هذه كَفالةٌ أُضِيفت إلى حالة القبضِ، فلم يكن كَفيلًا قبل ذلك.

ويجوزُ تَخفيفُ الميمِ في (ضَمَّنه) على مَعنى: إلا أن يَضمَنَ الوَكيلُ المالَ الذي أَخَذه منه.

(أو لم يُصدِّقه) أي أو لم يُصدِّق الغَريمُ مُدَّعيَ الوَكالةِ (على الوَكالة، ودَفَعه) أي الدَّينَ (إليه) أي إلى مُدَّعي الوَكالةِ بِناءً (على ادِّعائه) ففي هذه الصُّورة الْمَذكورةِ يَضمَن الوَكيلُ للغَريم أيضًا؛ لأنه دَفَعه إليه على رَجاء أن يُجيزَ الغائِبُ، فإذا حَضَر ولم يُجِز انقَطَع رَجاؤُه، فيَرجعُ عليه بما دَفَعه إليه الوكيلُ مُكذِّبًا له في الوَكالة.

ولا فَرقَ في ذلك بين أن يُكذِّبَه صَريحًا أو يَسكُتَ؛ لأن عدَمَ التَّصديقِ يَشمَلُ الصُّورتَين.

---

(١) في (هـ): للوكيل.

ولو قال: إنِّي وَكيلٌ بقَبض الوَديعةِ، فصَدَّقه الْمُودَعُ: لم يُؤمَر بالدَّفع إليه.

وليس له أن يَستردَّ الْمَدفوعَ في الوُجوه كُلِّها قَبل أن يَحضُرَ الطَّالبُ.

وإن مات الْمُوكِّلُ ووَرِثه غَريمُه، أو وَهَبه له وهو قائمٌ في يَد الوَكيلِ: أَخَذه منه في الوُجوه كُلِّها؛ لأنه مَلَكه، وإن كان هالِكًا ضَمِن، إلا في صورةٍ واحِدةٍ، وهو ما إذا صَدَّقه في الوَكالة.

وإن أنكَر الغَريمُ الوَكالةَ، وأقَرَّ بالدَّين: فللوَكيل أن يُحلِّفَه بالله ما يَعلَم أن الطَّالِبَ وَكَّله بقَبض دَينِه، فإذا حَلَف لم يَدفَع إليه، وإن نَكَل قُضِي عليه بالمال للوَكيل، وعن أبي حنيفةَ: أنه لا يُحلِّفُه؛ لأن حقَّ التَّحليفِ بِناءً على أنه خصمٌ، ولم يَثبُت بلا حُجَّةٍ.

(ولو قال: إنِّي وَكيلٌ[1] بقَبض الوَديعةِ) أي وَديعةِ فُلانٍ مثلًا (فصَدَّقه الْمُودَعُ) على الوَكالة (لم يُؤمَر) الْمُودَعُ (بالدَّفع إليه) أي إلى مُدَّعي الوَكالةِ إجماعًا؛ لأن ذلك إقرارٌ بمال الغيرِ، فلا يَصِحُّ؛ لما فيه من إبطال حقِّه في العَين.

بخِلاف ما إذا ادَّعى أنه وَكيلٌ بقَبض الدَّينِ فصَدَّقه؛ حيث يُؤمَر بالدَّفع إليه؛ لأنه أقَرَّ بمال نفسِه؛ إذ الدُّيونُ تُقضى بأمثالها لا بأَعيانها.

ولو هَلَكت الوَديعةُ عنده بعدما مَنَع.. قِيل: لا يَضمَن، ولو سَلَّمها إليه، فهَلَكت في يَده، وأنكَر الْمُودِعُ الوَكالةَ: يَضمَن الْمُودَعُ؛ لأنه مُتعَدٍّ

---

(1) في (هـ): إني وكيل فلان.

وكذا لو ادَّعى الشِّراءَ وصَدَّقه.

ولو ادَّعى أن الْمُودِعَ مات، وتَرَكها مِيراثًا له، وصَدَّقه: دَفَع إليه.

فإن وَكَّله بقَبض مالِه، فادَّعى الغَريمُ أن ربَّ المالِ أَخَذه: دَفَع المالَ،

بالتَّسليم إليه، وله أن يُحلِّفَ الْمُودِعَ أنه ما وَكَّله[1]، فإذا نَكَل بَرِئت ذِمَّتُه، وإذا حَلَف ضَمِن، وليس له أن يَرجِعَ على الوَكيل، إلا إذا ضَمَّنه وقتَ الدَّفعِ له على ما بَيَّنّا، فحينَئذٍ يَرجِعُ عليه.

ولو دَفَع إليه من غَير تَصديقٍ له على الوَكالةِ: رَجَع عليه مُطلَقًا[2].

ولو كانَت العَينُ قائِمةً أَخَذها في الصُّوَر كُلِّها[3].

(وكذا) الحُكمُ (لو ادَّعى) رجلٌ (الشِّراءَ) أي شِراءَ الوَديعةِ من صاحِبِها (وصَدَّقه) المودِعُ لم يُؤمَر بالدَّفعِ إليه؛ لأنَّ إقرارَه على الغيرِ غيرُ مَقبولٍ.

(ولو ادَّعى) رجلٌ (أن الْمُودِعَ) بكَسر الدّالِ (مات وتَرَكها) أي الوَديعةَ (مِيراثًا له، وصَدَّقه) الْمُودَعُ -بفَتح الدّال- (دَفَع) الْمُودَعُ الوَديعةَ (إليه) أي إلى الْمُدَّعي الْمَذكورِ؛ لأن مِلكَه قد زال بمَوته، واتَّفقا أنه مالُ الوارِثِ، فيَدفَعُه إليه.

(فإن وَكَّله) أي وَكَّل رجلٌ رجلًا (بقَبض مالِه) على غَريمه (فادَّعى الغَريمُ) على الوَكيل (أن ربَّ المالِ أَخَذه) منِّي (دَفَع المالَ) يَعني: يُجبَر

---

(1) في (ج): أنه وكله. وانظر «التبيين» ٤/ ٢٨٤.

(2) أي سواء ضَمَّنه أو لم يضَمِّنه. شلبي ٤/ ٢٨٤.

(3) لأنه مَلَكها بأداء الضمان، ولو أراد أن يستردَّها منه بعدما دفعها إليه لا يملك ذلك؛ لأنه ساعٍ في نقض ما تم من جهته. «التبيين» ٤/ ٢٨٤.

واتَّبع رَبَّ المالِ، واستَحلَفَه.

وإن وَكَّله بعَيبٍ في أمةٍ، فادَّعى البائعُ رِضا الْمُشتَري: لم يَرُدَّ عليه حتى يُحلِّفَ الْمُشتَري.

على دَفع المالِ إلى الوَكيل؛ لأن وَكالتَه ثَبَتت بقَوله: (أَخَذه ربُّ المالِ)؛ إذ لم يُنكِر الوَكالةَ، وإنما ادَّعى الإيفاءَ، وفي ضِمن دَعواه إقرارٌ بالدَّين وبالوَكالة، فيُؤمَرُ بالدَّفع إليه، كما لو أقَرَّ بالوَكالة صَريحًا.

ولو طَلَب الغَريمُ تَحليفَ الوَكيلِ[1] أنه لم يَعلَم أن الْمُوكِّلَ استَوفى منه: لم يُحلَّف؛ لأن اليَمينَ لا تَجري فيها النِّيابةُ، وفيه خِلافُ زفرَ.

(واتَّبع) الغَريمُ (رَبَّ المالِ، واستَحلَفَه) لأنَّ قَبْضَه يُوجِب بَراءَةَ ذِمَّتِه، والطَّالِبُ لو أقَرَّ به لَزِمه، فيُستحلَفُ عند العجزِ عن إقامة البيِّنةِ.

(وإن وَكَّله) أي وإن وَكَّل رجلٌ رجلًا (بعَيبٍ) أي بسبَبِ عَيبٍ (في أمةٍ) قد اشتَراها (فادَّعى البائعُ رِضا الْمُشتَري) بالعَيب (لم يَرُدَّ) الوَكيلُ الأمةَ (عليه) أي على البائِع (حتى يُحلِّفَ الْمُشتَري) لأنه لم يُتيقَّن بثُبوت حَقِّه في الرَّدّ؛ لاحتِمال أنه رَأى العيبَ ورَضِي به وقتَ التَّسليم، بخِلاف مَسألةِ الدَّينِ؛ لأن حقَّ الطَّالبِ في الدَّين ثابتٌ بيَقينٍ؛ لتَحقُّق الْمُوجِبِ، فلا يَمتنِع على الوَكيل استيفاؤه ما لم يَثبُت للغَريم ما يُسقِطه[2].

---

(١) في (ب) و(ج) و(د): الموكل، وتحتمل في (ب): الوكيل. وانظر «التبيين» ٤/ ٢٨٤.

(٢) ولا كذلك العيب؛ لأنه يُتيقن ثبوت حق المشتري في الرد؛ لاحتمال أنه رأى العيب ورضي به وقت التسليم، فيمتنع ثبوت حقه في الرد أصلًا.

وقالوا: عند أبي يوسف ومحمد رَحِمَهُمَاٱللَّهُ يجب أن لا يفرق بين المسألتين، بل يرد =

ومَن دَفَع إلى رجلٍ عَشَرةً يُنفِقُها على أهله، فأنفَق عليهم عَشَرةً من عنده: فالعَشَرةُ بالعَشَرة.

(ومَن دَفَع إلى رجلٍ عَشَرة) دَراهِمَ (يُنفِقُها[1] على أهله، فأنفَق) الْمَدفوعُ إليه -وهو الوَكيلُ- (عليهم) أي على أهل الدّافعِ -وهو الْمُوكِّلُ- (عَشَرةً) دَراهِمَ (من عنده) يَعني: من دَراهِم نفسِه (فالعَشَرةُ) الْمَدفوعةُ (بالعَشَرة) الْمُنفَقَةِ من عنده، يَعني: تكونُ هذه بهذه استِحسانًا، والقِياسُ أن يكونَ مُتبرِّعًا؛ لأنه خالَف أمْرَه، فيَرُدُّ العَشَرةَ على الْمُوكِّل.

وجهُ الاستِحسانِ: أن الوَكيلَ بالإنفاق وَكيلٌ بالشِّراء، والوَكيلُ بالشِّراء يَملِك النَّقدَ من مال نفسِه، ثم يَرجِعُ به على الآمِر؛ لأنه لا يَستصحِبُ معه دَراهِمَ الآمِرِ في كلِّ وقتٍ، فلا يُجعَلُ مُتبرِّعًا، فيَقَعُ التَّقاصُّ، واللهُ أعلمُ بالصَّواب.

= فيهما للحال؛ لأن القضاء بالخطأ لا ينفذ إلا ظاهرًا عندهما، فأمكن التدارك فيهما، وقيل: الأصح عند أبي يوسف رَحِمَهُ اللَّهُ أن يؤخِّر في الفصلين؛ لأنه من مذهبه أن القاضي لا يرد بالعيب على البائع ما لم يستحلف المشتري بالله تعالى ما رضيتُ بهذا العيب، وإن لم يَدَّعِ البائع الرضا: فلا بد من حضور المشتري وحَلِفِه. «التبيين» ٤/ ٢٨٥.

(١) في (د): لينفقها.

﴿ باب عَزْلِ الوَكيلِ ﴾

وتَبْطُل الوَكالةُ بـ: عَزْله إن عَلِم به، ....

هذا (باب) في بَيان أحكامِ (عَزلِ الوَكيلِ) عن الوَكالة

للمُوكِّل عَزلُه عنها متى شاء؛ لأنها حقُّه، إلا إذا تَعلَّق بها حقُّ الغيرِ، بأن وَكَّله بالخُصومة بالتِماسٍ من الطَّالِب عند غَيبةِ الْمَطلوبِ، فإنه لا يَملِك عَزْلَه في هذه الحالةِ، فصار كالوَكالة الْمَشروطةِ ببَيع الرَّهنِ، بخِلاف ما إذا كان الْمَطلوبُ حاضِرًا، أو كانَت من غَير التِماسِ الطَّالبِ.

وعن[1] هذا قالُوا: إذا وَكَّل الزَّوجُ وَكيلًا بطَلاق زَوجتِه بالتِماسها، ثم غاب: لا يَملِك عَزْلَه، وفي الصَّحيح: له عزلُه.

وعلى هذا قالُوا: لو قال الْمُوكِّلُ للوَكيل: كلما عَزلتُك فأنت وَكيلي: لا يَملِك عَزْلَه؛ لأنه كلما عَزَله تَجدَّدت الوَكالةُ له، وقِيل: يَنعزِل بقَوله: كلما وَكَّلتُك فأنت مَعزولٌ.

(وتَبطُل الوَكالةُ بعَزْله) أي بعَزْلِ الوَكيلِ (إن عَلِم) الوَكيلُ (به) أي بالعَزْل، وقال الشَّافعيُّ[2]: يَنعزِلُ بعَزْله وإن لم يَبلُغه العزلُ، وهو أظهَرُ قَولَيه، وبه قال مالِكٌ وأحمدُ، وفي قولٍ عنهم[3]: لا يَنعزِل[4]

(١) في (ز) و(ح): وعلى هذا.
(٢) في (هـ): وقال مالك وأحمد والشافعي.
(٣) في (ب): عنه.
(٤) في (ب): لا نقول بالعزل إلا بالعلم، وفي (د): لا يقول إلا بالعلم.

ومَوتِ أحَدِهما، وجُنونِه مُطبِقًا، ولُحوقِه مُرتَدًّا، ....

إلا بالعِلم كمَذهَبنا؛ لأنه نهيٌ عن التَّصرُّف، فلا يَثبُت حُكمُه بدون عِلمِه، كالنَّهي الشَّرعيِّ.

(وموتِ[1] أحَدِهما) بالجرِّ عَطفًا على قَوله: (بعَزْله)، أي تَبطُلُ الوَكالةُ أيضًا بمَوت أحَدِهما: الوَكيلِ أو المُوكِّلِ؛ لقِيامها[2] بهما.

(وجُنونِه) أي تَبطُل أيضًا بجُنون الوَكيلِ جُنونًا (مُطبِقًا) أي مُستَوعِبًا، وحَدُّه: شهرٌ عند أبي يوسف؛ لأنه يَسقُطُ به الصَّومُ، وعنه: أكثَرُ من يومٍ ولَيلةٍ؛ لأنه تَسقُط به الصَّلَواتُ، وعند محمدٍ: حَولٌ كامِلٌ، وهو الصَّحيحُ؛ لأنه يَسقُط به جَميعُ العِباداتِ حتى الزَّكاةُ.

(ولُحوقِه) أي وتَبطُل أيضًا بلُحوق الوَكيلِ دارَ الحربِ حالَ كونِه (مُرتَدًّا) وأرادَ أن يَحكُمَ الحاكِمُ بلَحاقه؛ لأنه كالمَوت حُكمًا، وأما قبل ذلك: فمَوقوفةٌ عند أبي حنيفةَ، فإن أسلَم نَفَذت، وإن قُتِل أو لَحِق بدارِ الحربِ: بَطَلت، وعندهما: تَصرُّفاتُه نافِذةٌ، فلا تَبطُل وَكالتُه.

وهذا إذا كانَت الوَكالةُ غيرَ لازمةٍ، وإن كانَت لازِمةً لا تَبطُل بهذه العَوارِضِ، كالوَكالة المَشروطةِ في عَقد الرَّهنِ، فإن عاد المُرتَدُّ مُسلِمًا بعد اللَّحاقِ بدار الحربِ، وكان وَكيلًا: فهو على وَكالته عند محمدٍ، خِلافًا لأبي يوسف، وإن كان هو المُوكِّلَ لا تَعودُ الوَكالةُ في الظَّاهِر، وعن محمدٍ: أنها تَعودُ.

---

(١) في (هـ): وبموت.

(٢) في (ج) و(د) و(هـ): لقيامهما.

وافتِراقِ الشَّريكَين، وعجْزِ مُوكِّلِه لو مُكاتَبًا، وحَجْرِه لو مَأذونًا،

(وافتِراقِ الشَّريكَين) بالجرِّ أيضًا، أي وتَبطُل الوَكالةُ بافتِراق الشَّريكَين، وإن لم يَعلَم الشَّريكُ به؛ لأنه عَزلٌ حُكمِيٌّ، والعَزلُ الحُكمِيُّ لا يُشترَط فيه العِلمُ.

ثم هذا لا يَخلو عن وَجهَين:

الأوَّلُ: أن يَنعزِلَ كلٌّ منهما عن الوَكالة التي تَضمَّنها عقدُ الشَّرْكةِ؛ لأن كلَّ واحِدٍ منهما وَكيلٌ من[1] صاحِبه بالتَّصرُّف، فيَنعزِلُ بالافتِراق.

والثَّاني: أن أحدَ الشَّريكَين أو كِليهما لو وَكَّل من يَتصرَّف في المال: جاز على ما عُرِف، فإذا افتَرَقا انعَزَل هذا الوَكيلُ في حقِّ غيرِ المُوكِّلِ منهما إذا[2] لم يُصرِّحا بالإذن في التَّوكيل.

(وعجْزِ مُوكِّلِه) بالجرِّ أيضًا، أي تَبطُل الوَكالةُ بعَجز مُوكِّلِ الوَكيلِ (لو) كان المُوكِّلُ (مُكاتَبًا، وحَجْرِه) بالجرِّ أيضًا، أي وتَبطُل الوَكالةُ بحَجْر المُوكِّلِ[3]، أي بانحِجاره (لو) كان عبدًا (مَأذونًا) له في التِّجارة، فحُجِر عليه، عَلِم بذلك أو لم يَعلَم.

هذا إذا كان وَكيلًا في العُقود والخُصوماتِ، وأما الوَكيلُ في قَضاء الدَّينِ واقتِضائِه: فلا يَنعزِلُ بعَجز المُكاتَبِ، ولا بحَجْر المَأذونِ له؛

---

(١) في (ز) و(ح): عن.
(٢) في (ب): إذ، وفي (د): إن لم.
(٣) في (ب) و(هـ): الوكيل.

وتَصرُّفِه بنَفسه.

لأن العَجزَ والحَجْرَ لا يُوجِبان الحَجْرَ عليه من قَضاء الدَّينِ واقتِضائِه، فكذا لا يُوجِبُ عَزْلَ[1] وَكيلِه عن ذلك، ولو عَزَل الْمَولى وَكيلَ العبدِ الْمَأذونِ له لا يَنعزِلُ.

(وتَصرُّفِه) بالجرِّ أيضًا، أي وتَبطُل الوَكالةُ بتَصرُّف الْمُوكِّلِ (بنَفسه) فيما وَكَّله به؛ لفَوات المحَلِّ، والْمُرادُ بتَصرُّفه ما يَعجِزُ الوَكيلُ عن الامتِثالِ به، مِثلُ أن يُوكِّلَه ببَيع عبدٍ، ثم يَبيعَه الْمُوكِّلُ بنَفسه، أو يُدبِّرَه، أو يُكاتِبَه، وإن لم يُعجِزه عن الامتِثال: فالوَكالةُ باقِيةٌ على حالها، حتى لو وَكَّله بطَلاق امرَأتِه، فطَلَّقها هو ثَلاثًا أو واحِدةً، فانقَضَت عِدّتُها: بَطَلت الوَكالةُ لعَجزِه[2] عن الامتِثال.

ولو تَزوَّجها بعد ذلك ليس للوَكيل أن يُطلِّقَها؛ لتَحقُّق عجزِ الْمُوكِّلِ عن الإيقاع بانقِضاء العِدّةِ، فكذا الوَكيلُ، وإنما يَتمكَّن من الإيقاع بعده بسبَبٍ جَديدٍ، ولم يُوجَد.

ولو طَلَّقها واحِدةً ولم تَنقَضِ عِدّتُها: فللوَكيل أن يُطلِّقَها أخرى؛ لبَقاء المحَلِّ"[3].

---

(١) في (هـ): عجز. وانظر «التبيين» ٤/ ٢٨٩.

(٢) في سوى (أ): بعجزه. وانظر «التبيين» ٤/ ٢٨٩.

(٣) بخلاف ما إذا طلقها بنفسه ثلاثًا: حيث لا يكون للوكيل أن يطلقها بعد ذلك، لا في العدة ولا بعدها. اهـ إتقاني. شلبي ٤/ ٢٨٩.

....

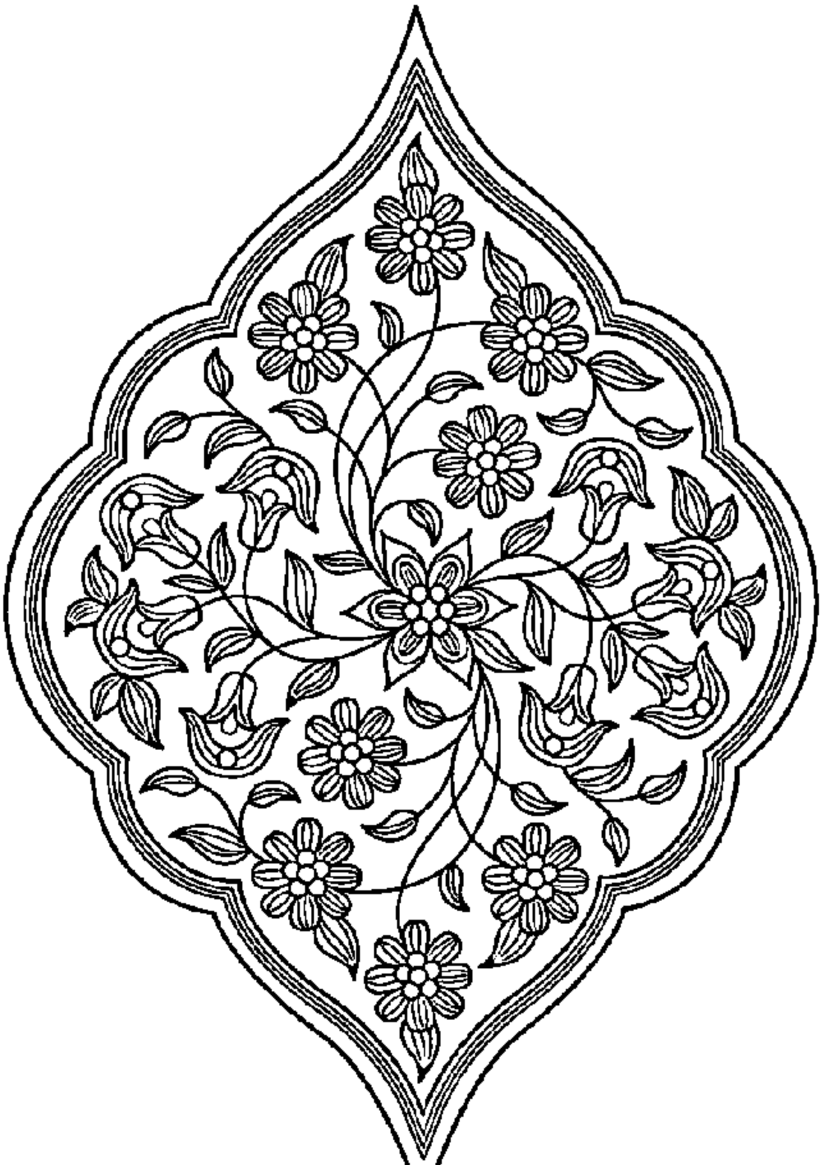
ولو وَكَّله ببَيع شيءٍ، فباعَه المُوكِّلُ، ثم رُدَّ عليه بما يكونُ فسخًا، كخِيار رُؤيةٍ، وخِيارِ شَرطٍ، أو عَيبٍ بقَضاءٍ، أو لفَساد[1] بيعٍ: فالوَكيلُ باقٍ على وَكالته؛ لأن مِلكَه القَديمَ قد عاد إليه بالفَسخ، فتَعودُ الوَكالةُ.

وإن رُدَّ عليه بما لا يكونُ فسخًا، كالرَّدِّ بعَيبٍ بغَير قَضاءٍ، أو إقالةٍ: لا تَعودُ الوَكالةُ؛ لأنه بيعٌ جديد في حقِّ ثالِثٍ، والوَكيلُ ثالِثُهما، والوَكالةُ تَعلَّقت بالمِلك الأوَّلِ، وهذا مِلكٌ جَديدٌ، واللهُ أعلمُ.

---

(١) في (هـ): بفساد.

كتاب الدّعوى



كِتاب الدَّعوى

هي: إضافةُ الشَّيءِ إلى نَفسه ....

هذا (كِتاب) في بَيان أحكامِ (الدَّعوى)

هي فَعلى من الدُّعاء، وهو الطَّلَبُ، والفِعلُ منه: ادَّعى، يَدَّعي، فهو مُدَّعٍ[1]، والعَينُ الذي يَدَّعيه: مُدَّعًى، ولا يُقالُ: مُدَّعًى فيه، وبه.

والدِّعوةُ بالكَسر: في النَّسَب، وبفَتحها: الدُّعاءُ إلى الطَّعام، وبضَمِّها: في دار الحربِ، وألفُ (الدَّعوى) للتَّأنيث، فلا يُنوَّنُ، ويُجمَعُ على (دَعاوَى) بفَتح الواوِ لا غيرُ، كفَتوى وفَتاوَى.

وقِيل: الدَّعوى في اللُّغة: قولٌ يَقصِد به الإنسانُ إيجابَ الشَّيءِ على غَيره، إلا أن اسمَ الْمُدَّعي يَتناوَل مَن لا حُجّةَ له في العُرف، ولا يَتناوَل من له حُجّةٌ؛ فإن القاضِيَ يُسمِّيه مُدَّعِيًا قبل إقامةِ البيِّنةِ، وبعدها يُسمِّيه مُحِقًّا لا مُدَّعِيًا.

ويُقالُ: لِمُسيلِمةَ الكَذّابِ -لَعَنه اللهُ-: مُدَّعي النُّبوّةِ؛ لأنه عَجَز عن إثباتها، ولا يُقالُ لرَسولِ اللهِ صَلَّى اللهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ: مُدَّعي النُّبوّةِ؛ لأنَّه قد أثبَتَها بالْمُعجزَةِ.

وفي الشَّرع: (هي) أي الدَّعوى (إضافةُ الشَّيءِ إلى نَفسه) أي أن

---

(١) في (أ) و(ب) و(د) و(هـ): مدعي.

حالةَ الْمُنازَعةِ.

والْمُدَّعِي: مَن إذا تَرَك تُرِك، والْمُدَّعَى عليه: بخِلافه.

ولا تَصِحُّ الدَّعوى حتى يَذكُرَ شيئًا عُلِم جِنسُه وقَدْرُه.

يَدعُوَ[1] الشَّيءَ إلى نَفسه (حالةَ الْمُنازَعةِ) أي في حالة الخُصومةِ.

(والْمُدَّعِي) اسمُ فاعِلٍ من ادَّعى، يَدَّعي، وأصلُه: (مُتْدَعِي)؛ لأن ثُلاثِيَّه (دَعا)، فنُقِل إلى باب الافتِعالِ، فصار: اتْدَعى، فقُلِبت التّاءُ دالًا، وأُدغِمت الدّالُ في الدّال، فصار: ادَّعى، وكذلك في باقِي التَّصرُّفاتِ.

وإنما أُبدِلت التّاءُ دالًا: لأنها من الْمَهموسة، والدّالُ من الْمَجهورة، فالقَويُّ لا يَتحوَّل إلى الضَّعيف.

وفي الشَّرع: هو (مَن إذا تَرَك) دَعواه (تُرِك) هو، ولا يُتعرَّض إليه؛ لأن حقَّ الطَّلَبِ له، فإذا تَركه لا سَبيلَ عليه.

(والْمُدَّعَى عليه بخِلافه) أي بخِلاف الْمُدَّعي، وهو: من إذا تَرَك لا يُترَك، بل يُجبَر، وقِيل: الْمُدَّعِي: مَن لا يَستحِقُّ إلا بحُجّةٍ، كالخارِج، والْمُدَّعى عليه: من يَستحِقُّ بقَوله من غَير حُجّةٍ، كصاحِب اليدِ، وقِيل: الْمُدَّعي: مَن يَلتمِس غيرَ الظّاهرِ، والْمُدَّعى عليه: مَن يَتمسَّك بالظّاهِر، والأحسَنُ ما قاله الشَّيخُ؛ لكَونه جامِعًا ومانِعًا.

(ولا تَصِحُّ الدَّعوى حتى يَذكُرَ) الْمُدَّعي (شيئًا عُلِم جِنسُه وقَدْرُه)

---

(١) في (هـ): يدعي.

فإن كان عَينًا في يَد الْمُدَّعى عليه: كُلِّف إحضارَها؛ ليُشيرَ إليها بالدَّعوى. وكذا في الشَّهادةِ، والاستِحلافِ.

فإن تَعذَّر: ذَكَر قِيمتَها.

بالإجماع؛ لأن الغَرَضَ هو إلزامُ الْمُدَّعَى عليه عند قِيامِ البَيِّنةِ، ولا إلزامَ[1] فيما لا يُعلَم جِنسُه وقَدْرُه، ودَعوى مَجهولٍ لا تَصِحُّ إلا في الإبراء، وعند الثَّلاثةِ: تَصِحُّ أيضًا في دَعوى حقٍّ، ووَصيّةٍ، وإقرارٍ.

(**فإن كان**) الْمُدَّعَى (**عَينًا في يَد الْمُدَّعى عليه: كُلِّف**) الْمُدَّعى عليه (**إحضارَها ليُشيرَ**) الْمُدَّعي (**إليها**) أي إلى تلك العَينِ (**بالدَّعوى**) وذلك فيما يُمكِن إحضارُه من الْمَنقولات، وإن لم يُمكِن إحضارُه، كالرَّحى والبُستانِ: حَضَره الحاكِمُ، أو بَعَث أمينَه.

(**وكذا**) يُشترَط إحضارُها (**في**) أداء (**الشَّهادةِ و**) في (**الاستِحلافِ**) أي استِحلافِ الْمُدَّعى عليه عند عدَمِ البَيِّنةِ.

(**فإن تَعذَّر**) إحضارُ العَينِ الْمُدَّعى من الْمَنقولات، بأن كانَت هالِكةً أو غائِبةً (**ذَكَر**) الْمُدَّعي (**قِيمتَها**) لأن غيرَ الْمُقدَّر لا يُمكِن ضَبطُه بالوَصف، ويُمكِن بالقِيمة، فوَجَب الْمَصيرُ إليها؛ لأنها هي الْمُدَّعاةُ في هذه الحالةِ؛ لصَيرورتها دَينًا في الذِّمّة، وقال أبو اللَّيث: يُشترَط مع ذلك في الحَيَوان ذِكرُ الذُّكورةِ والأُنوثةِ.

وإن لم يُبيِّن القِيمةَ فقال: ....

---

(١) في (ب) و(ج) و(هـ): والإلزام.

وإن ادَّعى عَقارًا: ذَكَر حُدودَه، وكَفَت ثَلاثةٌ، وأسماءَ أصحابِها، ولا بُدَّ من ذِكر الجدِّ ....

(غَصَب مِنِّي عَينًا[1] كذا، ولا أدري أنه هالِكٌ أو قائِمٌ، ولا أدري كم كانت قِيمتُه): تُسمَعُ دَعواه؛ لأن الإنسانَ ربما لا يَعرِف قِيمةَ مالِه، فلو كُلِّف بَيانَ القِيمةِ لتَضرَّر به، فإذا سَقَط بَيانُ القِيمةِ عن الْمُدَّعي سَقَط عن الشُّهود أيضًا، بل فيه أولى؛ لأنهم أبعَدُ عن مُمارَسته.

(وإن ادَّعى) الْمُدَّعي (عَقارًا ذَكَر حُدودَه) لأن العَقارَ يُعرَفُ به مع تَعذُّرِ الإشارةِ إليه (وكَفَت ثَلاثةٌ) من الحُدود في الذِّكر، وقال زفرُ: لا يَكفي، ولا بُدَّ من ذِكر الحُدودِ الأربَعةِ؛ لأن التَّعريفَ لا يَتِمُّ إلا بها، ولهذا لو غَلِط في الرّابعِ لا يُقبَل، وبه قالَت الثَّلاثةُ.

ولنا: أن للأكثَر حُكمَ الكلِّ، بخِلاف ما إذا غَلِط في الرّابع؛ لأنه يَختلِف الْمُدَّعى به، ولا يَكونُ تَركُها كذلك[2].

(و) ذَكَر (أسماءَ أصحابِها) أي أصحابِ الحُدودِ؛ لأن التَّعريفَ يَحصُلُ بذلك، وذَكَر أنسابَهم؛ ليَتميَّزوا عن غَيرهم (ولا بُدَّ من ذِكر الجدِّ) أبِ الأبِ، أي جدِّ كلِّ واحِدٍ من أصحاب الحُدودِ ....

(١) في (ج): عين.
(٢) نظيره: إذا ادعى شراء شيء بثمن منقود، فإن الشهادة تقبل، وإن سكتوا عن بيان جنس الثمن، ولو ذكروا ذلك واختلفوا فيه لم تقبل، وكما يشترط ذكر الحد في الدعوى يشترط في الشهادة أيضًا؛ لأنه يصير معلومًا للقاضي. «التبيين» ٤/٢٩٣.

إن لم يَكن مَشهورًا، وأنه في يَده، ولا تَثبُت اليدُ في العَقار بتَصادُقهما، بل ببيِّنةٍ، أو عِلمِ القاضِي، بخِلاف الْمَنقولِ، وأنَّه يُطالِبه به.

(إن[1] لم يَكن) الرَّجُلُ (مَشهورًا) بين النّاسِ، هذا عند أبي حنيفةَ، لأن تَمامَ التَّعريفِ يَحصُلُ به[2].

وعندهما: إذا كان العَقارُ مَشهورًا بشُهرة الرَّجُلِ لا يُحتاجُ إلى تَحديده، وإن كان الرَّجُلُ مَشهورًا يُكتَفى بذِكره؛ لحُصول الْمَقصودِ به.

(وأنه) بالفَتح، عطفٌ على قَوله: (ذَكَر حُدودَه)، أي وذَكَر أيضًا أنه -أي العَقار- (في يَده) لأن الْمُدَّعى عليه لا يَكونُ خصمًا إلا إذا كان العَقارُ في يَده، فلا بُدَّ من ذِكره.

(ولا تَثبُت اليدُ في العَقار بتَصادُقهما) أي بتَصادُق الْمُدَّعِي والْمُدَّعَى عليه أنَّ[3] العَقارَ في يَد الْمُدَّعى عليه؛ لأن اليدَ فيه غيرُ مُشاهَدةٍ، ولعله في يدِ غيرِهما تَواضَعَا فيه؛ ليَكونَ لهما ذَريعةً إلى أخذه بحُكم الحاكِم (بل ببيِّنةٍ) تُقامُ فيه (أو عِلمِ القاضِي) بذلك؛ لتَنتَفيَ تُهَمةُ الْمُواضَعةِ (بخِلاف الْمَنقولِ) لأن اليدَ فيه مُعايَنةٌ، فلا حاجةَ إلى اشتِراط الزِّيادةِ.

(وأنَّه) بالفَتح أيضًا، أي وذَكَر للقاضِي أنه (يُطالِبه) أي الْمُدَّعى عليه (به) أي بالشَّيء الْمُدَّعى؛ لأنه لو لم يَذكُر ذلك ربما يَحسِب القاضِي أنه إنما يَذكُره على سَبيل الحِكايةِ، فيُزيلُ ذلك الوَهْمَ بالنَّصِّ عليه.

---

(١) في (د): وإن.

(٢) في الصحيح من مذهبه، وقد ذكرناه غير مرة. «التبيين» ٤/ ٢٩٣.

(٣) في سوى (أ): لأن. وانظر «التبيين» ٤/ ٢٩٣.

وإن كان دَينًا: ذَكَر وَصفَه، وأنه يُطالِبُه به.
فإن صَحَّت الدَّعوى: سَأَل الْمُدَّعَى عليه عنها، فإن أقَرَّ، أو أنكر فبَرْهَن الْمُدَّعِي: قُضي عليه، وإلا حُلِّف بطَلَبه.
ولا تُرَدُّ يَمينٌ على مُدَّعٍ.

(**وإن كان**) الْمُدَّعَى (**دَينًا ذَكَر وَصفَه**) بأنه من ذَوات الأمثالِ، أو من ذَوات القِيَمِ، وذَكَر جِنسَه وقَدْرَه (**وأنه يُطالِبه به**) أي بذلك الدَّينِ؛ لما ذَكَرنا.

(**فإن صَحَّت الدَّعوى**) على الوَجه الْمَذكورِ (**سَأَل**) القاضِي (**الْمُدَّعى عليه عنها**) أي عن الدَّعوى؛ لينكشِفَ له وَجهُ القَضاءِ (**فإن أقَرَّ**) الْمُدَّعى عليه بما يَدَّعيه الْمُدَّعي (**أو أنكَر**) الْمُدَّعى عليه (**فبَرْهَن الْمُدَّعِي**) أي أقامَ بَيِّنةً على دَعواه (**قُضي**) القاضِي (**عليه**) أي على الْمُدَّعى عليه؛ لوُجود الحُجّةِ الْمُلزِمةِ للقَضاء، وهي الإقرارُ في الفَصل الأوَّلِ، والبَيِّنةُ في الفَصل الثّاني.

(**وإلا**) أي وإن لم يُقِرَّ الْمُدَّعَى عليه، أو لم يُبرهِن الْمُدَّعي (**حُلِّف**) الْمُدَّعى عليه (**بطَلَبه**) أي بطَلَب الْمُدَّعي؛ لأنه حَقُّه.

(**ولا تُرَدُّ يَمينٌ على مُدَّعٍ**) وقال الشّافعيُّ: تُرَدُّ، فإذا حَلَف يُقضى به، وبه قال مالِكٌ وأحمدُ في غَير الأظهَرِ؛ لأن يَمينَ الْمُدَّعى عليه مُحتَمِلةٌ، ويمينَ الْمُدَّعي غيرُ مُحتمِلةٍ، بل هي دَليلٌ على ظُهور صِدقِ دَعواه، فيُحكَمُ بها.

....

ولنا: قولُه عَلَيهِ الصَّلَاةُ وَالسَّلَامُ: «لو أُعطِي النّاسُ بدَعواهم لادَّعى ناسٌ دِماءَ رِجالٍ وأموالَهم، لكنَّ اليَمينَ على الْمُدَّعى عليه»، رَواه مُسلِمٌ وأحمدُ[1]، جَعَل جِنسَ اليَمينِ على الْمُنكِرِ؛ لأن الألِفَ واللّامَ للاستِغراق، وليس وراءَه شيءٌ آخَرُ حتى يَكونَ على الْمُدَّعي.

وقولُه عَلَيهِ الصَّلَاةُ وَالسَّلَامُ: «البَيِّنةُ على الْمُدَّعي، واليَمينُ على من أنكَر»[2]، قَسَم بينَهما، والقِسمةُ تُنافِي الشَّرِكةَ، ولهذا لا تُقبَل بَيِّنةُ ذِي اليَدِ.

وعند الشّافعيِّ أيضًا: إذا أقامَ الْمُدَّعي شاهِدًا واحِدًا، وعَجَز عن الآخَرِ: يُحلَّف، ويُقضى له؛ لما رُوِي أنه عَلَيهِ الصَّلَاةُ وَالسَّلَامُ قَضى باليَمين مع الشّاهِدِ[3].

---

(1) الإمام أحمد (٣١٨٨)، ومسلم (١٧١١)، وبلفظ قريب عند البخاري (٤٥٥٢).

(2) رواه البيهقي (٢١٢٠١)، وقال النووي في «الأذكار» ص٦٤٢: هو حسن بهذا اللفظ، وبعضه في الصحيحين.

(3) رواه مسلم (١٧١٢) عن قيس بن سعد، عن عمرو بن دينار، عن ابن عباس رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُمَا
قال الجصاص في «شرح مختصر الطحاوي» ٨/ ٨٣: وهذا عندهم حديث منكر؛ لأن قيس بن سعد لا تعرف له رواية عن عمرو بن دينار، ولأن سيف بن سليمان ضعيف، لا يحتج بروايته في إثبات السنن، وذكر عن علي ابن المديني أنه قال: غلط سيف في هذا الحديث، إنما هذا حديث: أن جارتين كانتا تخرزان، والحديث المعروف الذي رواه ابن أبي مليكة عن ابن عباس: أن النبي صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ قضى أن البينة على المدعي، واليمين على المدعى عليه.
وقال ٨/ ٨٨: وأيضًا: فإنه ليس يمتنع أن يكون معنى قولهم: قضى باليمين مع الشاهد: أنه قضى باليمين والبينة، وقضى باليمين والشاهدين، وأطلق اسم الشاهد وأراد به الجنس لا العدد؛ لأن اسم الشاهد قد يطلق على الجماعة،

ولنا: ما رَوَيناه، وما رَواهُ ضَعيفٌ، رَدَّه يَحيى بنُ مَعينٍ، فلا يُعارِض ما رَوَينا، ولأنه يَرويه رَبيعةُ عن سُهَيلِ بنِ أبِي صالِحٍ(١)، وأنكَره سُهَيلٌ، فلا يَبقى حُجّةً بعدَما أنكَره الرّاوِي(٢)، فضلًا عن أن يَكونَ

= كما يقال للجماعة: رسول، وعدل، وخصم، ونحو ذلك، قال الله تعالى: ﴿فَقُولَآ إِنَّا رَسُولُ رَبِّ ٱلْعَٰلَمِينَ﴾ [الشُّعَرَاء: ١٦]، وقال تعالى: ﴿وَهَلْ أَتَىٰكَ نَبَؤُا۟ ٱلْخَصْمِ إِذْ تَسَوَّرُوا۟ ٱلْمِحْرَابَ﴾ [صٓ: ٢١]، فكذلك الشاهد قد قال أهل اللغة: إنه يصح إطلاقه ويراد به الجنس، فيتناول الجماعة، وتكون فائدته حينئذ: أنه قضى باليمين في موضعها، وبالبينة في موضعها، كما روي عن شريح في قوله تعالى: ﴿وَفَصْلَ ٱلْخِطَابِ﴾ [صٓ: ٢٠]: قال: الشهود والأيمان، ومعلوم أنه لم يرد به جمعها جميعًا في حال واحدة. وأيضًا: يحتمل أن يكون معناه: قضى باليمين على المدعى عليه، مع شاهد المدعي، وأبان أن وجود شاهده وعدمه سواء في باب وجوب اليمين على المدعى عليه.

ويحتمل أن يريد: أنه قبل بينة المدعي، وادعى المدعى عليه قضاء المال، فحلف المدعي ما اقتضى.

ويحتمل أن يكون قضى بشهادة خزيمة بن ثابت، الذي جعل شهادته بشهادة رجلين وحده بالمال، وحلف المدعي بالله ما اقتضى، لدعوى المدعى عليه ذلك. انتهى.

(١) هذا من طريق أبي داود (٣٦١٠).

(٢) قال أبو داود عقب هذ الحديث: قال أبو داود: وزادني الربيع بن سليمان المؤذن في هذا الحديث قال: أخبرنا الشافعي عن عبد العزيز قال: فذكرت ذلك لسهيل، فقال: أخبرني ربيعة وهو عندي ثقة أني حدثته إياه، ولا أحفظه، قال عبد العزيز: وقد كان أصابت سهيلًا علة أذهبت بعض عقله، ونسي بعض حديثه، فكان سهيل بعد يحدثه عن ربيعة عنه عن أبيه. انتهى.

وقال ابن أبي حاتم في «علل الحديث» ١/ ٧٤: قيل لأبي: يصح حديث أبي هريرة، عن النبي ﷺ في اليمين مع الشاهد؟ فوقف وقفة، فقال: تُرى الدراوردي -أي عبد العزيز- ما يقول؟ يعني قوله: قلت لسهيل، فلم يعرفه.

مُعارِضًا للصِّحاح[1] الْمَشاهيرِ[2].

= قلت: فليس نسيان سهيل دافعٌ لما حكى عنه ربيعة، وربيعة ثقة، والرجل يحدث بالحديث وينسى.
قال: أجل هكذا هو، ولكن لم نر أن يتبعه متابع على روايته، وقد روى عن سهيل جماعة كثيرة، ليس عند أحد منهم هذا الحديث. انتهى.

(١) في (ج): بالصحاح.

(٢) قال المصنف في «عمدة القاري» ١٣/ ٢٤٥: قوله: فمنها ما أخرجه مسلم من حديث ابن عباس: أن رسول الله صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ قضى بيمين وشاهد، وقال في «التمييز»: إنه حديث صحيح لا يرتاب في صحته، وقال ابن عبد البر: لا مطعن لأحد في صحته ولا في إسناده.
والجواب عنه من وجهين: أحدهما: بطريق المنع، وهو أن مسلمًا روى هذا الحديث من حديث سيف بن سليمان عن قيس بن سعد عن عمرو بن دينار عن ابن عباس ... إلى آخره، وذكر الترمذي في «العلل الكبير»: سألت محمد بن إسماعيل عنه، فقال: عمرو بن دينار لم يسمع عندي هذا الحديث من ابن عباس، وقال الطحاوي: قيس لا نعلمه يحدث عن عمرو بن دينار بشيء، فقد رمي الحديث بالانقطاع في موضعين من البخاري بين عمرو وابن عباس، ومن الطحاوي بين قيس وعمرو، رد البيهقي في «الخلافيات» على الطحاوي، وأشار إلى أن قيسًا سمع من عمرو، واستدل على ذلك برواية وهب بن جرير عن أبيه قال: سمعت قيس بن سعد يحدث عن عمرو بن دينار عن سعيد بن جبير عن ابن عباس، فذكر المحرم الذي وقصة ناقته، ثم قال البيهقي: ولا يبعد أن يكون له عن عمرو غير هذا.
قلت: لم يصرح أحد من أهل هذا الشأن فيما علمنا أن قيسًا سمع من عمرو، لا يلزم من قول جرير: سمعت قيسًا يحدث عن عمرو، أن يكون قيس سمع ذلك من عمرو، وذكر الذهبي سيفًا في كتابه في «الضعفاء» وقال: رمي بالقدر، وقال في «الميزان»: ذكره ابن عدي في «الكامل» وساق له هذا الحديث.

ولا بَيِّنَةَ لذي اليدِ في الْمِلكِ الْمُطلَقِ، وبَيِّنَةُ الخارجِ أحَقُّ.

(ولا بَيِّنَةَ لذي اليدِ) أي لا تُقبَل بَيِّنتُه (في الْمِلكِ الْمُطلَقِ) وهو الَّذي لا يُذكَر له سبَبٌ.

(وبَيِّنَةُ الخارجِ أحَقُّ) من بَيِّنَة ذي اليدِ إن أقاما بَيِّنةً، وقال الشّافعيُّ: بَيِّنةُ ذي اليدِ أولى بالعَمَل بها؛ لأن بَيِّنتَه باليَد[1]، فكانَت أولى، وبه قال مالِكٌ.

ولنا: أن بَيِّنةَ الخارجِ أكثَرُ إثباتًا؛ لأن مِلكَ ذِي اليدِ ظاهِرٌ، فلا حاجةَ إلى البَيِّنة[2].

= وسأل عباس يحيى بن معين عن هذا الحديث، فقال: ليس بمحفوظ، وضعف أحمد بن حنبل محمد بن مسلم.
ثم ذكر البيهقي هذا الحديث من وجه آخر من حديث معاذ بن عبد الرحمن عن ابن عباس. قلت: رواه الشافعي عن إبراهيم بن محمد عن ربيعة بن عثمان، وإبراهيم هو الأسلمي مكشوف الحال، مرمي بالكذب وغيره من المصائب، وربيعة هذا قال أبو زرعة: ليس بذلك، وقال أبو حاتم: منكر الحديث.
والجواب الآخر: بطريق التسليم، وهو أنه من أخبار الآحاد، فلا يجوز الزيادة به على النص.

(١) في (أ): لأن بينته باليد تأيدت فكانت أولى، وفي (ح): لأن بينته تأكدت باليد فكانت أولى.

(٢) قال في «التبيين» ٤/ ٢٩٥: ولنا أن البينات شرعت للإثبات؛ لأنها وإن كانت في الحقيقة مبيِّنةً مظهرةً لكنها أخذت حكم الإثبات؛ لما أنّا لا علم لنا به؛ إذ الأحكام تثبت بأسبابها، فصارت كالعلل الشرعية، فإنها أماراتٌ في حق الشارع، وفي حقنا لها حكم الإثبات. انتهى.

وقَضَى له إن نَكَل مَرّةً بـ: لا أَحلِف، أو سَكَت.

وأما إذا أَقاما البَيِّنةَ في الْمِلك بسبَبٍ، كما إذا أقاما البَيِّنةَ على النِّتاج، أو على نِكاح امرَأةٍ وهي في يَد أحَدِهما: فإن بَيِّنةَ ذِي اليدِ أحَقُّ بالإجماعِ إذا كان سبَبًا لا يَتكرَّر، على ما يَجيءُ إن شاء اللهُ تَعالى.

(وقَضَى) القاضِي (له) أي للمُدَّعي (إن نَكَل) الْمُدَّعى عليه نُكولًا (مَرّةً) صَريحًا (بـ: لا أَحلِف) أي بقَوله: لا أحلِف (أو) دَلالةً، كما إذا (سَكَت).

وقال الشّافعيُّ رَحِمَهُ ٱللَّهُ: لا يُقضَى بنُكوله، بل يَرُدُّ اليَمينَ على الْمُدَّعي إذا نَكَل الْمُدَّعَى عليه، فإن حَلَف يُقضَى له بالمال، وإن نَكَل انقَطَعت الْمُنازَعةُ بينَهما؛ لِما رُوِي عن عليٍّ رَضِيَ ٱللَّهُ عَنْهُ أنه حَلَّف الْمُدَّعيَ بعد نُكولِ الْمُدَّعى عليه[1].

ولنا: إجماعُ الصَّحابةِ رَضِيَ ٱللَّهُ عَنْهُمْ على ما ذَكَرنا، ورُوِي عن عليٍّ رَضِيَ ٱللَّهُ عَنْهُ أيضًا أنه وافَقَ إجماعَهم، فإنه رُوِي عن شُرَيحٍ أن الْمُنكِرَ طَلَب منه رَدَّ اليَمينِ على الْمُدَّعي، فقال: ليس لك إليه سَبيلٌ، وقَضى بالنُّكول بين يَدَي عليٍّ رَضِيَ ٱللَّهُ عَنْهُ، فقال له عليٌّ رَضِيَ ٱللَّهُ عَنْهُ: (قالون)[2]، ومَعناه

(١) روى البيهقي (٢٠٧٤١) عن علي بن أبي طالب رَضِيَ ٱللَّهُ عَنْهُ أنه قال: اليمين مع الشاهد، فإن لم يكن له بينة فاليمين على المدعى عليه، إذا كان قد خالطه، فإن نكل حُلِّف المدعي.

(٢) هذه الكلمة قالها سيدنا علي رَضِيَ ٱللَّهُ عَنْهُ لشريح في غير هذه الحادثة، فقد روى الدارمي (٨٨٣) وابن أبي شيبة (١٩٢٩٦) وسعيد بن منصور (١٣١٠) والبيهقي (١٥٤٠٥) عن

وعَرَض اليَمينَ ثلاثًا نَدبًا.

بالرُّوميّة: أصبتَ.

(وعَرَض) القاضِي (اليَمينَ) على المُدَّعى عليه (ثَلاثًا) أي ثَلاثَ مَرّاتٍ (نَدبًا) أي من جِهة النَّدبِ والاستِحبابِ، يَقولُ[1] له في كلِّ مرّةٍ: إنِّي أَعرِض عليك اليَمينَ، فإن حَلَفتَ وإلا قَضَيتُ عليك بما ادَّعاه؛ إعلامًا له للحُكم[2]؛ لأنه مَوضِعُ خَفاءٍ؛ لاختِلاف العُلَماءِ فيه؛ فإن الشّافعيَّ لا يَراه، فإذا كَرَّره عليه ولم يَحلِف: حَكَم عليه إذا عَلِم أنه لا آفةَ به من طَرَشٍ وخَرَسٍ[3].

= عامر قال: جاءت امرأة إلى علي تخاصم زوجها طلقها، فقالت: قد حضت في شهر ثلاث حيض، فقال علي لشريح: اقض بينهما، قال: يا أمير المؤمنين وأنت ههنا؟ قال: اقض بينهما، قال: يا أمير المؤمنين وأنت ههنا؟ قال: اقض بينهما، فقال: إن جاءت من بطانة أهلها ممن يرضى دينه وأمانته تزعم أنها حاضت ثلاث حيض تطهر عند كل قرء وتصلي: جاز لها، وإلا فلا، فقال علي: قالون، وقالون بلسان الروم: أحسنت. ورواية البيهقي: أصبت، ورواية سعيد: صدق.

(١) في (هـ): بقوله.

(٢) في (ز) و(ح): بالحكم. وانظر «التبيين» ٤/٢٩٦.

(٣) الخرس: آفة باللسان تمنع الكلام أصلًا، ويقال: طَرِش يطرَشُ طرشًا من باب علم، أي صار أطروشًا وهو الأصم. إتقاني. انتهى شلبي ٤/٢٩٦.
قال في «المصباح» ٢/ ٣٧١: طَرِش طَرَشًا، من باب تَعِبَ، وهو الصمم، وقيل: أقل منه، وقيل: ليس بعربي محض، وقيل: مولد، ورجل أطرش وامرأة طرشاء، والجمع طُرْش، مثل أحمر وحمراء وحُمْر، وقال الأزهري: رجل أطروش.. قال: ولا أدري أعربي أم دخيل. انتهى.
وفي «المغرب» ص٢٨٩: الطرش: كالصمم، وقد طَرِش من باب لبس. انتهى.

....

وعن أبي يوسف ومحمدٍ: أن التَّكرارَ حَتْمٌ، حتى لو قَضى القاضِي بالنُّكول مرّةً لا يَنفُذ، والصَّحيحُ أنه يَنفُذ.

والعَرْضُ ثَلاثًا مُستحَبٌّ، ولا بُدَّ أن يَكونَ النُّكولُ في مَجلِس القاضِي.

ثم إذا حَلَف المُدَّعى عليه فالمُدَّعي على دَعواه، ولا يَبطُل حَقُّه بيَمينه، إلا أنه ليس له أن يُخاصِمَه ما لم تَقُم[1] البَيِّنةُ على وَفْق دَعواه، فإن وَجَد بَيِّنةً أقامها عليه، وقَضى له بها.

وبعضُ القُضاةِ من السَّلَف لا يَسمَعون البَيِّنةَ بعد الحَلِف، وهذا قولٌ مَهجورٌ غيرُ مَأخوذٍ به؛ لأن عُمَرَ رَضِيَ اللهُ عَنهُ قَبِل البَيِّنةَ من المُدَّعي بعد يَمينِ المُنكِرِ[2].

---

(١) في (د) و(هـ): يقم.

(٢) علقه عن سيدنا عمر رضي الله تعالى عنه البيهقي ١٠/٣٠٧، وقال في «المعرفة» (٢٠٠٧٤): وحكى -أي الشافعي- في موضع آخر عن بعض العراقيين أنه قال: بلغنا عن عمر بن الخطاب وشريح أنهما كانا يقولان: اليمين الفاجرة أحق أن ترد من البينة العادلة.

وروى ابن وهب في «الموطأ» كتاب القضاء في البيوع (٢٠١) وأخبرني إسماعيل بن عياش، عن عطاء بن عجلان، عن أبي نضرة، عن أبي سعيد الخدري: أن يهوديًا خاصم رجلًا من المسلمين إلى عمر بن الخطاب، فقال له عمر: بينتك، فقال: ما يحضرني من بينة اليوم؛ فأحلف عمر المدعى عليه، فحلف، ثم أتى اليهودي بعد = ذلك بالبينة اليوم، فقضى عمر بالبينة، وقال: البينة العادلة أحب إلي من اليمين الفاجرة. قال ابن وهب: وبلغني أن شريحًا الكندي قال: إذا جاءت البينة فالحق، أو البينة أحق تتبع من اليمين الفاجرة أو الكاذبة.

ولا يُستحلَفُ في: نِكاحٍ، ورَجعةٍ، وفَيءٍ، ....

وهل يَظهَر كَذِبُ الْمُنكِرِ بإقامة البَيِّنةِ؟ والصَّوابُ: أنه لا يَظهَر كَذِبُه، حتى لا يُعاقَبُ عُقوبةَ شاهِدِ الزُّورِ، وقِيل: عند أبي يوسف: يَظهَر كَذِبُه، وعند محمدٍ: لا يَظهَر[1].

وفي «النِّهاية: لو اصطَلَحا على أن الْمُدَّعِيَ لو حَلَف فالْمُدَّعى عليه ضامِنٌ للمال، وحَلَف[2]: فالصُّلحُ باطِلٌ، ولا شيءَ على الْمُدَّعى عليه.

(ولا يُستحلَفُ) الْمُدَّعى عليه (في نِكاحٍ) بأن يَدَّعِيَ على امرَأةٍ نِكاحًا وهي تَجحَد، أو تَدَّعِيَ هي عليه نِكاحًا وهو يَجحَدُ.

(ورَجعةٍ) بأن ادَّعى بعد انقِضاءِ عِدَّتِها أنه كان راجَعَها في العِدّة، وهي تَجحَدُ، أو ادَّعَت هي كذلك، وجَحَد هو.

(وفَيءٍ) في الإيلاء، بأن ادَّعى بعد مُضِيِّ مُدّةِ الإيلاءِ أنه فاء إليها في الْمُدّة، وهي تَجحَدُ، أو ادَّعَت الْمَرأةُ كذلك، وجَحَد هو.

= وبوب البخاري في «صحيحه» ٣/ ١٨٠: (باب من أقام البينة بعد اليمين)، ثم ذكر فيه تعليقًا: وقال طاووس وإبراهيم وشريح: البينة العادلة أحق من اليمين الفاجرة. ووصله البيهقي بمعناه عن شريح (٢٠٧٣١)، وابن حجر في «التغليق» من طريق «الجعديات» ٣/ ٣٩٣.

(١) قال في «الدراية»: والفتوى في دعوى الدين إن ادعاه من غير سبب فحلف، ثم أقام بينة: يظهر كذبه، وإن ادعى الدين بسبب وحلف، ثم أقام المدعي بينة على السبب: لا يظهر كذبه؛ لجواز أنه وجد القرض ثم وجد الإبراء أو الإيفاء، كذا في «الفصول». اهـ شلبي ٤/ ٢٩٦.

(٢) في (هـ): ولو حلف.

واستيلادٍ، ورِقٍّ، ونَسَبٍ، ووَلاءٍ، ....

(واستيلادٍ) بأن ادَّعَت الأمةُ على مولاها أنها وَلَدت منه، وأنكَر الْمَولى، ولا يُتصوَّرُ العكسُ من قِبَله[1] عليها؛ لأن الاستيلادَ يَثبُتُ بإقراره.

(ورِقٍّ) بأن ادَّعى على مَجهول النَّسَبِ أنه عبدُه، أو ادَّعى مَجهولُ النَّسَبِ أنه مُعتِقُه.

(ونَسَبٍ) بأن ادَّعى الولَدُ على الوالِد، أو الوالِدُ على الوَلَد، وأنكَر الآخَرُ.

(ووَلاءٍ) بأن ادَّعى على مَعروف النَّسَبِ أنه مُعتَقُه، أو ادَّعى مَعروفُ النَّسبِ أنه مُعتِقُه، أو كان ذلك في الْمُوالاة، وهذا كلُّه عند أبي حنيفةَ، لأن فائِدةَ الحَلِفِ ظُهورُ الحقِّ بالنُّكول، والنُّكولُ بَذْلٌ وإباحةٌ، والبَذْلُ لا يَجري في هذه الأشياءِ.

وقالا: يُستحلَفُ فيها؛ لأن النُّكولَ كالإقرار، والقَضاءُ بالإقرار جائزٌ، وكذا بالنُّكول، كما في الأموال، وبه قالَت الثَّلاثةُ.

وكان يَنبَغي هنا قَيدٌ، وهو أن يُقالَ: (في مُجرَّد نِكاحٍ)، يَعني: إذا لم يكن الْمَقصودُ هو المالَ، فأما إذا كان الْمَقصودُ هو المالَ، كما إذا ادَّعَت امرَأةٌ على رجلٍ أنه تَزوَّجها بألفٍ، وطَلَّقها قبل الدُّخولِ بها، ولها عليه نِصفُ الْمَهرِ: فإنه يُستحلَفُ بالإجماع، فإن نَكَل قُضِي عليه بنِصف الْمَهرِ.

---

(١) في (د): من مثله عليها.

وفي حدٍّ، ولِعانٍ، قال القاضِي الإمامُ فخرُ الدِّينِ: ....

(و) كذا لا يُستحلَف بالإجماع (في حدٍّ) بأن قال الرَّجُلُ لآخرَ: لي عليك حَدُّ قذفٍ، وهو يُنكِرُ: لا يُستحلَفُ؛ لأنه يَندِرئ بالشُّبُهات، إلا إذا تَضمَّن حقًّا، بأن عَلَّق عَتْقَ عبدِه بالزِّنى وقال: إن زَنَيتَ فأنت حُرٌّ، فادَّعى العبدُ أنه زَنى، ولا بَيِّنةَ له عليه: يُستحلَفُ الْمَولى، حتى إذا نَكَل ثَبَت العَتقُ دون الزِّنى، كذا ذَكَره الصَّدرُ الشَّهيدُ في «أدَب القاضِي».

وفي «مُختصَر الأسرارِ»: لا يُستحلَفُ في شيءٍ من الحُدود، خِلافًا للشَّافعيِّ رَحِمَهُ اللَّهُ في حدِّ القَذفِ، وذَكَر القُدُوريُّ في شَرح كِتابِ الاستِحلافِ: وقد قالُوا: إنه يُستحلَفُ في التَّعزير؛ لأنه في حُكم الأموالِ، ولذلك[1] يَصِحُّ فيه العفوُ والإبراءُ.

(و) كذا لا يُستحلَفُ بالإجماع في (لِعانٍ) بأن ادَّعَت الْمَرأةُ على زَوجها أنه قَذَفها قَذفًا يُوجِبُ اللِّعانَ، وأنكَر الزَّوجُ: لا يُستحلَفُ؛ لأنه في مَعنى الحدِّ.

(قال القاضِي الإمامُ فخرُ الدِّينِ) الحسَنُ بنُ مَنصورِ بنِ أبِي القاسِمِ مَحمودِ بنِ عبدِ العزيزِ، الأُوزْجَنديُّ الفَرْغانيُّ، الْمَعروفُ بقاضِي خانَ، صاحِبُ «الفَتاوى» الْمَنسوبةِ إليه، تَفقَّه على جَماعةٍ من الكِبار، منهم: أبُو إسحاقَ إبراهيمُ بنُ عليٍّ الْمَرغِينانيُّ، وتَفقَّه عليه جَماعةٌ من الكِبار،

(١) في (د) و(هـ): وكذلك.

الفَتوى على أنه يُستحلَفُ الْمُنكِرُ في الأشياء السِّتَّةِ.

ويُستحلَفُ السّارِقُ، فإن نَكَل: ضَمِن، ولم يُقطَع.

منهم: شمسُ الأئِمّةِ محمدُ بنُ عبدِ السَّتّارِ الكَرْدَريُّ[1]، تُوُفِّي يومَ الاثنَين، خامِسَ عشَرَ رَمَضانَ، سنةَ اثنَين وتِسعين وخَمسِمائةٍ[2]، رَحِمَهُ اللهُ ..

(الفَتوى على أنه) أي أن الشّأنَ[3] (يُستحلَفُ الْمُنكِرُ في الأشياء السِّتَّةِ) وهي النِّكاحُ، والرَّجعةُ، والفَيءُ، والرِّقُّ، والنَّسَبُ، والوَلاءُ.

فإن قُلتَ: الْمَذكورُ تِسعةُ أشياءَ.

قُلتُ: قد ذَكَرنا أن الحدَّ واللِّعانَ مُجمَعٌ عليهما، فبَقِيت سَبعةٌ، ولكن الاستيلادُ مُلحَقٌ بها؛ لأن الدَّعوى فيه دَعوى النَّسَب أو دَعوى الرِّقِّ، فتَبقى سِتّةٌ، وهي الْمُختلَفُ فيها.

واختارَ فخرُ الإسلامِ عليٌّ البَزْدَويُّ رَحِمَهُ اللهُ أيضًا قولَهما، مِثلَ ما نصَّ عليه قاضِي خانَ، واختارَ بعضُ الْمُتأخِّرين على أن القاضِيَ يَنظُر في حال الْمُدَّعى عليه، فإن رَآه مُتعَنِّتًا: يُحلِّفُه؛ أخذًا بقَولهما، وإن رَآه مَظلومًا: لا يُحلِّفُه؛ أخذًا بقَول أبي حنيفةَ رَحِمَهُ اللهُ.

(ويُستحلَفُ السّارِقُ) باللهِ ما أخَذ، أو ما له عليه هذا المالُ (فإن نَكَل) عن اليَمين (ضَمِن) لأن المالَ يجبُ بالشُّبهة (ولم يُقطَع) يدُه؛ لأنه لا يجبُ

---

(١) في (ب) و(هـ): الكردي.

(٢) وانظر ترجمته في «الجواهر المضية» ١/ ٢٠٥.

(٣) في (هـ): الفتوى على أنه أي القاضي أن الثاني يستحلف.

والزَّوجُ إذا ادَّعَت الْمَرأةُ طَلاقًا قبل الوطءِ، فإن نَكَل: ضَمِن نِصفَ الْمَهرِ.

وجاحِدُ القَوَدِ، فإن نَكَل في النَّفس: حُبِس، حتى يُقِرَّ أو يَحلِفَ، وفيما دونه: يُقتَصُّ.

بالشُّبهة، فلا يجبُ بالنُّكول.

(والزَّوجُ) بالرَّفع عطفٌ على السّارِق، أي ويُستحلَفُ الزَّوجُ (إذا ادَّعَت الْمَرأةُ طَلاقًا قبل الوطءِ) بأن قالَت: طلقتني قبل أن تَدخُلَ بي[1]، هذا بالإجماع؛ لأن فيه دَعوى المالِ (فإن نَكَل) الزَّوجُ (ضَمِن نِصفَ الْمَهرِ) لأنه يَثبُت بالطَّلاق قبل الدُّخولِ.

(و) يُستحلَفُ أيضًا (جاحِدُ القَوَدِ) أي مُنكِرُ القِصاصِ، بأن ادَّعى عليه رجلٌ قِصاصًا: يُستحلَفُ عليه (فإن نَكَل) عن اليَمين، وكان نُكولُه (في النَّفس: حُبِس حتى يُقِرَّ أو يَحلِفَ، و) إن كان نُكولُه (فيما دونه) أي فيما دونَ النَّفسِ، وهو الطَّرَفُ (يُقتَصُّ) بنُكوله عند أبي حنيفة.

وقالا: يجبُ عليه الأَرْشُ فيهما؛ لأن النُّكولَ إقرارٌ منه، فيَصِحُّ لإيجاب المالِ دون القِصاصِ، وعند الثَّلاثةِ: يُقتَصُّ فيهما بعد حَلِف الْمُدَّعي.

(١) في (هـ): طلقني قبل أن يدخل بي.

ولو قال الْمُدَّعي: لي بَيّنةٌ حاضِرةٌ، وطَلَب اليَمينَ: لم يُستحلَف، وقِيل لخَصمه: أَعطِه كَفيلًا بنَفسك ثَلاثةَ أيّامٍ، ....

وله: أن النُّكولَ بَذْلٌ، وأنه يجوزُ في الطَّرَف، ولا يجوزُ في النَّفس؛ ألا تَرى أنه لو قَتَله بأمره يجبُ عليه القِصاصُ في رِوايةٍ، ولو قَطَع يدَه بأمره لا يجبُ عليه شيءٌ.

(**ولو قال الْمُدَّعي: لي بَيّنةٌ حاضِرةٌ، وطَلَب اليَمينَ**) أي يَمينَ الْمُدَّعى عليه (**لم يُستحلَف**) عند أبي حنيفةَ، وقالا: يُستحلَفُ، وهذا الخِلافُ فيما إذا كانَت حاضِرةً في المِصر، وإن كانَت خارجَ الْمِصرِ يُحلَّفُ بالإِجماع، وإن كانَت في مَجلِس الحُكمِ لا يُحلَّفُ بالإجماع.

لهما: أن اليَمينَ حَقُّه بالحَديث[1] الذي مَضى ذِكرُه، فله ذلك إذا طَلَبه.

وله: أن ثُبوتَ الحقِّ في اليَمين مُرتَّبٌ على العَجز عن إقامة البَيِّنةِ، فلا يَكونُ حقُّه دونَه، كما إذا كانَت البَيِّنةُ حاضِرةً في الْمَجلِس.

(**وقِيل لخَصمه**) أي لخَصم الْمُدَّعي: (**أَعطِه كَفيلًا بنَفسك ثَلاثةَ أيّامٍ**) كَيْ لا يَضِيعَ حقُّه بتَغييبه نَفسَه، والتَّقديرُ بثَلاثة أيّامٍ هو الْمَرويُّ عن الإمام، وهو الصَّحيحُ، وعن أبي يوسُفَ: أنه مُقدَّرٌ بما بين مَجلِسَي القاضِي، حتى إذا كان يَجلِس في كلِّ يومٍ يُكفَّلُ إلى اليَوم الثّاني[2]، وإن كان يَجلِس في كلِّ عشَرةِ أيّامٍ يومًا يُكفَّل إلى عَشَرة أيّامٍ.

---

(١) في قوله صَلَّى اللهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ: «واليمين على من أنكر».

(٢) في (ب): التالي.

إن أَبى: لازَمه معه حيث سارَ، ولو غَريبًا: لازَمه مِقدارَ مَجلِسِ القاضِي.

ثم لا فرقَ بين أن يَكونَ المالُ الْمُدَّعى به جَليلًا أو حَقيرًا، أو الْمُدَّعى عليه خامِلًا أو نَبيهًا، في ظاهِرِ الْمَذهَب، وعن محمدٍ: أن الْمُدَّعى عليه إذا كان مَعروفًا وَجيهًا يُعلَم أن مِثلَه لا يُخفي نفسَه: لا يُطالَب بالكَفيل، وكذا إذا كان المالُ حَقيرًا.

ولو قال: ليس لي بَيِّنةٌ، أو: شُهودي غُيَّبٌ: لا يُؤخَذ منه كَفيلٌ؛ لعَدَم الفائِدةِ.

(فإن أَبى) أي امتَنَع عن إعطاء الكَفيلِ لا يُجبِره القاضِي على التَّكفيل، بل (لازَمه) أي دارَ (معه) أي مع الغَريمِ (حيث سارَ) مِقدارَ مُدّةِ التَّكفيلِ على القَولَين؛ حتى لا يَغيبَ.

(ولو) كان (غَريبًا لازَمه مِقدارَ مَجلِسِ القاضِي) أي إلى أن يَقومَ من مَجلِسه؛ لأنه يَلحَقه الضَّرَرُ بالزِّيادة على ذلك، وكذا إذا أُخِذ منه كَفيلٌ لا يُؤخَذ منه إلا مِقدارَ مَجلِسِ الحاكِمِ.

وله أن يَطلُبَ التَّوكيلَ[1] بخُصومته، حتى لو غاب الأصيلُ يُقيمُ البَيِّنةَ على الوَكيل، فيُقضى عليه.

وإن أعطاه وَكيلًا فله أن يُطالِبَ بالكَفيل بنَفس الوَكيلِ، وإن أعطاه كَفيلًا بنَفس الوَكيلِ فله أن يُطالِبه بالكَفيل بنَفس الأصيلِ إن كان الْمُدَّعى دَينًا؛ لأن الدَّينَ يُستَوفى من ذِمّة الأصيلِ دون الوَكيلِ.

(١) في (ب): يطالب التوكيل، وفي (ج) و(هـ): يطالب الوكيل، ، وفي (د): يطالبه الوكيل.

واليَمينُ بالله تَعالى، لا بطَلاقٍ، وعَتاقٍ، إلا إذا ألَحَّ الخَصمُ.

ولو أخَذ كَفيلًا بالمال فله أن يُطالِبَ كَفيلًا بنَفس الأصيلِ؛ لأن الْمَقصودَ الاستِيفاءُ، وقد يَكونُ من الأصيل أيسَرَ، وإن كان الْمُدَّعى مَنقولًا فله أن يُطالِبَه مع ذلك كَفيلًا بالعَين؛ ليُحضِرَها ولا يُغيِّبَها الْمُدَّعَى عليه، وإن كان عَقارًا لا يَحتاجُ إلى ذلك؛ لأنه لا يَقبَل التَّغييبَ.

(واليَمينُ بالله تَعالى) لما رُوِي عن ابن عُمَرَ رَضِيَ اللهُ عَنْهُمَا أنه عَلَيْهِ الصَّلَاةُ وَالسَّلَامُ سَمِع عمرَ رَضِيَ اللهُ عَنْهُ، وهو يَحلِفُ بأبِيه، فقال: «إن اللهَ يَنهاكم أن تَحلِفوا بآبائِكم، فمن كان حالِفًا فلْيَحلِفْ بالله أو لِيَصمُتْ»، رَواه البُخاريُّ ومُسلمٌ وأحمدُ[1]، وعن أبي هُرَيرةَ رَضِيَ اللهُ عَنْهُ قال: قال رَسولُ اللهِ صَلَّى اللهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ: «لا تَحلِفوا إلا بالله، ولا تَحلِفوا إلا وأنتم صادِقونَ»، رَواه النَّسائيُّ[2].

(لا) أي ليس اليَمينُ (بطَلاقٍ وعَتاقٍ) لأن ما رَوَينا بإطلاقه يَمنَع الحَلِفَ بهما (إلا إذا ألَحَّ الخَصمُ) بأن كان لَحوحًا[3] مُتعنِّتًا لا يُبالي باليَمين بالله تَعالى، فحينَئذٍ يَحلِف بالطَّلاق أو العَتاقِ أو بهما، لكن إذا نَكَل لا يُقضى عليه بالنُّكول؛ لأنه امتَنَع عما هو مَنهِيٌّ عنه شرعًا، ولو قَضى عليه بالنُّكول لا يَنفُذ.

---

(١) الإمام أحمد (٤٥٢٣)، والبخاري (٦١٠٨)، ومسلم (١٦٤٦).

(٢) النسائي (٣٧٦٩)، ورواه أبو داود (٣٢٤٨).

(٣) في (ج): لجوجا.

وتُغَلَّظ بذِكر أوصافِه، لا بزَمانٍ ومَكانٍ.

(وتُغَلَّظ) اليَمينُ، أي تُؤكَّد (بذِكر أوصافِه) أي أوصافِ اللهِ تَعالى، وذلك مِثلُ قولِه: واللهِ الذي لا إلهَ إلا هو، عالمِ الغَيبِ والشَّهادةِ، الرَّحمنِ الرَّحيمِ، الذي يَعلَم من السِّرِّ ما يَعلَم من العَلانِيَة[١]: ما لفُلانٍ هذا عليكَ ولا قِبَلكَ هذا المالُ الذي ادَّعاه، وهو كذا وكذا، ولا شيءٌ منه؛ لأن منهم من يَمتنِع عن اليَمين بالتَّغليظ، ويَتجاسَر عند عدَمِه، فتُغلَّظُ عليه لعله يَمتنِع بذلك، ولو لم تُغلَّظ جاز.

وقِيل: لا تُغلَّظ على الْمَعروف بالصَّلاح، وتُغلَّظ على غَيره، وقِيل: تُغلَّظ في الخَطير من المال دون الحَقيرِ.

(لا) تُغلَّظ عليه اليَمينُ (بزَمانٍ) مِثلُ يومِ الجُمُعةِ (ومَكانٍ) مِثلُ الجامِعِ عند الْمِنبَرِ.

وقال الشَّافعيُّ: إن كانَت اليَمينُ في قَسامةٍ، أو لِعانٍ، أو في مالٍ عَظيمٍ يَبلُغُ مِائتَي مِثقالٍ: يُغلَّظُ بالْمَكان، فيَحلِفُ بين الرُّكنِ والْمَقامِ إن كان بمَكَّةَ، وعند قبرِ النَّبيِّ عَلَيْهِ الصَّلَاةُ وَالسَّلَامُ إن كان في الْمَدينةِ، وعند الصَّخرة إن كان في بَيت الْمَقدِس، وفي الجَوامِع في غَيرها[٢]، فإن لم تكن ففي الْمَساجِد، ويكونُ ذلك في يَوم الجُمُعةِ بعد العَصرِ[٣]، وبه قال

(١) في (هـ): الذي يعلم السر ويعلم العلانية.

(٢) في (هـ): في غير ما ذكر.

(٣) ولعله مما يستأنس به لهذا الوقت: تغليظ الوعيد لمن حلف بعد العصر فقد روى البخاري (٢٦٧٢) ومسلم (١٠٨) واللفظ للأول: عن أبي هريرة رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ قال: =

ويُستحلَفُ اليَهوديُّ: بالله الذي أنزَل التَّوراةَ على مُوسى، والنَّصرانيُّ: بالله الذي أَنزَل الإنجيلَ على عِيسى، والْمَجوسيُّ: بالله الذي خَلَق النّارَ،

مالِكٌ وأحمدُ في رِوايةٍ.

ولنا: إطلاقُ قولِه عَلَيْهِ الصَّلَاةُ وَالسَّلَامُ: «واليَمينُ[1] على من أنكَر»[2]، والتَّخصيصُ بالْمَكان أو الزَّمانِ زِيادةٌ على النَّصّ، وهو نَسخٌ.

(ويُستحلَفُ اليَهوديُّ: بالله الذي أنزَل التَّوراةَ على مُوسى) صَلّى اللهُ على نبينا وعليه وسَلَّم؛ لأنه يُعظِّم التَّوراةَ (و) يُستحلَفُ (النَّصرانيُّ: بالله الذي أَنزَل الإنجيلَ على عِيسى) على نبينا وعَلَيْهِ الصَّلَاةُ وَالسَّلَامُ؛ لأنه يُعظِّمُ الإنجيلَ.

(و) يُستحلَفُ (الْمَجوسيُّ) وهو الذي يَعبُد النّارَ (بالله الذي خَلَق النّارَ) لأنه يُعظِّمُ النّارَ، فيُؤكَّدُ عليه بذِكر خالِقِها.

= قال رسول الله صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ: «ثلاثة لا يكلمهم الله، ولا ينظر إليهم، ولا يزكيهم، ولهم عذاب أليم: رجل على فضل ماء بطريق يمنع منه ابن السبيل، ورجل بايع رجلًا لا يبايعه إلا للدنيا، فإن أعطاه ما يريد وَفَى له، وإلا لم يفِ له، ورجل ساوم رجلًا بسلعة بعد العصر، فحلف بالله لقد أعطى بها كذا وكذا، فأخذها».
هذا من جهة. ومن جهة أخرى أنه وقت قيام الساعة، فقد روى مسلم (٨٥٤) عن أبي هريرة أن النبي صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ قال: «خير يوم طلعت عليه الشمس يوم الجمعة، فيه خلق آدم، وفيه أدخل الجنة، وفيه أخرج منها، ولا تقوم الساعة إلا في يوم الجمعة».

(١) في (ج) و(هـ): اليمين.

(٢) تقدم تخريجه.

والوَثَنِيُّ: بالله تَعالى، ولا يُحلَّفون في بُيوت عِباداتِهم.

ويُحلَّفُ على الحاصِل، أي بالله ما بينكما بيعٌ قائِمٌ، ونِكاحٌ قائمٌ، وما يجبُ عليك ردُّه، ....

(و) يُستحلَفُ (الوَثَنِيُّ) وهو الذي يَعبُد غيرَ اللهِ، يَعتقِد[1] أن اللهَ تَعالى خالِقُه، وإنما يُشرِكُ مع اللهِ تعالى غيرَه (بالله تَعالى) ولا يُذكَرُ معَه شيءٌ آخَرُ.

وعن أبي حنيفةَ أنَّه لا يُحلَّفُ أحدٌ إلَّا باللهِ تعالى خالِصًا، احترازًا عن إشراكِ غيرِه في التَّعظيمِ مع اللهِ تعالى.

(ولا يُحلَّفون) أي هؤلاء الْمَذكورون (في بُيوت عِباداتِهم[2]) لأن فيها تَعظيمَها[3]، والقاضِي مَمنوعٌ عن حُضورها، وعن مالِكٍ وأحمدَ في رِوايةٍ: يُحلَّفون فيها.

(ويُحلَّفُ) الْمُدَّعى عليه (على الحاصِل) وتَفسيرُه: ما ذَكَره بقَوله: (أي بالله ما بينكما بيعٌ قائِمٌ) في الحال، إذا كانَت الدَّعوى في البَيع، ولا يُقالُ: بالله ما بِعتَ (و) ما بينكما (نِكاحٌ قائمٌ) في الحال، إذا كانَت الدَّعوى في النِّكاح، ولا يُقالُ: بالله ما نَكَحتَ (وما يجبُ عليك ردُّه) إذا كانَت الدَّعوى في الغَصب، ولا يُقالُ: بالله ما غَصَبتَ ....

(١) في (أ): معتقد أن. وانظر «التبيين» ٤/ ٣٠٢.

(٢) في (أ) و(هـ): عبادتهم.

(٣) في (ب) و(هـ): تعظيمًا.

وما هي بائِنٌ منك الآنَ، ....

(وما هي بائِنٌ منك الآنَ) إذا كانَت الدَّعوى في الطَّلاق، ولا يُقالُ: بالله ما طَلَّقتَ..

لأن هذه الأشياءَ قد تَقَع ثم تَرتفِع برافِعٍ، كالطَّلاق في النِّكاح، والإقالةِ في البَيع، والهِبةِ في الغَصب، والنِّكاحِ الجَديدِ في الطَّلاق[1]، فلا يَملِك تَحليفَه على السَّبَب، فيُحلِّفُه على الحاصِل؛ كي لا يَتضرَّرَ الْمُدَّعى عليه؛ لأنه لو أقَرَّ بالسَّبَب، ثم ادَّعى طُرُوء الرّافعِ[2]: لا يُقبَل منه، فيَحتالُ بهذا الطَّريقِ.

وعن أبي يوسف: أنه يُحلَّف على السَّبَب، إلا إذا عَرَّض الْمُدَّعى عليه بأن قال: (قد وَقَع البيعُ، ثم تَقايَلنا)، ونحوَ ذلك، فإنه حينَئذٍ يُحلِّفه على الحاصِل، وقال فخرُ الإسلامِ: يُفوَّضُ إلى رَأي الحاكِمِ.

وهذا الخِلافُ فيما إذا كان السَّبَبُ يَرتفِع برافِعٍ، وليس في تَحليفه ضرَرٌ بالْمُدَّعي، فإن كان سبَبًا لا يَرتفِع برافعٍ فإنه يُحلَّف[3] على السَّبَب بالإجماع، كالعَبد الْمُسلِمِ إذا ادَّعى العَتقَ على مَولاه، بخِلاف الأمةِ والعبدِ الكافِرِ؛ لأن الرِّقَّ يَتكرَّر عليهما بالارتِداد ونَقضِ العَهدِ، ثم الالتِحاقِ بدارِ الحربِ، ولا يَتكرَّرُ على العَبد الْمُسلِمِ؛ إذ لا يُقبَل منه إلا الإسلامُ أو السَّيفُ عند ارتِدادِه.

---

(١) في (ج) و(د) و(هـ): في النكاح.

(٢) في (ح): الرفع.

(٣) في (هـ): لا يحلف. وانظر «التبيين» ٤/ ٣٠٣.

في دَعوى البَيعِ والنِّكاحِ والغَصبِ والطَّلاقِ.

وإن ادَّعى شُفعةً بالجِوار، أو نَفَقةَ المَبتوتةِ، والمُشتَري أو الزَّوج لا يَراهما: يُحلَّفُ على السَّبَب.

وعلى العِلم: لو وَرِث عبدًا، فادَّعاه آخَرُ.

وقولُه: (في دَعوى البَيعِ) يَرجِع إلى قَوله: ما بينكما بيعٌ قائمٌ (و) في دَعوى (النِّكاحِ) يَرجِع إلى قَوله: ونِكاحٌ قائمٌ (و) في دَعوى (الغَصبِ) يَرجِع إلى قَوله: وما يجبُ عليك رَدُّه (و) في دَعوى (الطَّلاقِ) يَرجِع إلى قَوله: وما هي بائِنٌ منك الآنَ.

(وإن ادَّعى) المُدَّعي (شُفعةً بالجِوار) أي بالمُجاوَرة (أو) ادَّعى (نَفَقةَ) المَرأةِ المُطلَّقةِ (المَبتوتةِ) أي البائِنةِ (و) الحالُ أن (المُشتَري) أي مُشترِيَ الدّارِ التي ادَّعى المُدَّعي شُفعتَها بالجِوار (أو الزَّوج) أي زوجَ المَبتوتةِ (لا يَراهما) أي الشُّفعةَ ونَفَقةَ المَبتوتةِ، بأن كان المُشتَري شافِعيَّ المَذهَبِ، ولا يَرى جَوازَ الشُّفعةِ بالجِوار، أو كان الزَّوجُ شافِعيَّ المَذهَب، ولا يَرى للمُطلَّقة المَبتوتةِ نَفَقةً (يُحلَّفُ) المُدَّعى عليه حينَئذٍ (على السَّبَب) بالإجماع؛ لأن في التَّحليف على الحاصِل ههنا ضَرَرًا بالمُدَّعِي؛ إذ هو يُحلَّفُ بِناءً على اعتِقاده، فيَبطُلُ حقُّ المُدَّعي.

(و) يُحلَّفُ المُدَّعى عليه (على العِلم لو) كان (وَرِث عبدًا، فادَّعاه) شخصٌ (آخَرُ) أنه له، ولا يُحلَّف على البَتات؛ لأن الوارِثَ لا يَعلَم بما فَعَل المُورِّثُ، فيَمتنِعُ عن اليَمين، فيَلحَقُه بذلك ضَرَرٌ.

وعلى البَتاتِ: لو وُهِبَ له، أو اشتَراه.

ولو افتَدى الْمُنكِرُ بيَمينه، أو صالَحه منها: ....

(و) يُحلَّفُ (على البَتاتِ لو وُهِب) العبدُ الْمُدَّعى (له) أي للمُدَّعى عليه، أرادَ لو مَلَكه بالِهبة (أو اشتَراه) أي أو مَلَكه بالشِّراء؛ لأن الهِبةَ والشِّراءَ سبَبٌ مَوضوعٌ للمِلك باختِيار المالِكِ ومُباشَرتِه، فيُطلَقُ له الحَلِفُ على البَتات.

والأصلُ فيه: أن اليَمينَ متى وَقَعت على فِعل الغيرِ فاليَمينُ على العِلم، ومتى وَقَعت على فِعل نَفسِه تكونُ على البَتات؛ ألا تَرى أنه عَلَيهِ الصَّلاةُ وَالسَّلام حَلَّف اليَهودَ بالله ما قَتلتُم ولا عَلِمتُم له قاتِلًا[1]؟ فحَلَّفهم على البَتات أوَّلًا؛ لأنه فِعلُهم، وفي الثّاني على العِلم؛ لأنه فِعلُ غيرِهم.

قال الحَلْوانيُّ: هذا الأصلُ مُستقيمٌ في الْمَسائلِ كلِّها، إلا في الرَّدِّ بالعَيب، فإنه إذا ادَّعى الْمُشتَري أن العبدَ أبَق ونحوَ ذلك، فأرادَ الْمُشتَري تَحليفَ البائعِ: فإنه يُحلِّفُه على البَتات، مع أنه فِعلُ غيرِه، وإنما كان كذلك: لأن البائعَ ضَمِن تَسليمَ الْمَبيعِ سالِمًا عن العُيوب، فالتَّحليفُ يَرجِعُ إلى ما ضَمِن بنَفسه، فيَحلِفُ على البَتات.

(ولو افتَدى الْمُنكِرُ بيَمينه) بأن دَفَع إلى الْمُدَّعِي شيئًا فِداءً عن يَمينه حتى لا يَحلِفَ (أو صالَحه) أي أو صالَح الْمُنكِرُ الْمُدَّعِيَ (منها) أي من

(١) روى حديث الاستحلاف البخاري (٦٨٩٨) ومسلم (١٦٦٩)، وانظر الأحاديث في «نصب الراية» ٤/ ٣٩٢ وفي بعضها الاستحلاف وفي بعضها الحلف.

صحَّ، ولم يُحلَّف بعده.

اليَمين (صحَّ) الافتِداءُ، وصحَّ الصُّلحُ أيضًا؛ لما رُوِي أن عُثمانَ رَضِيَٱللَّهُعَنهُ ادُّعِيَ عليه أربعون دِرهَمًا، فأعطى شيئًا وافتَدى يَمينَه، ولم يَحلِف، فقِيل: لا[1] تَحلِفُ وأنتَ صادِقٌ؟! فقال: أخافُ أن يُوافِقَ قَدَرٌ يَميني فيُقالَ: هذا بسَبَب يَمينِه الكاذِبةِ[2].

ولأن المُنكِرَ يَدفَع به الخُصومةَ وتُهمةَ الكَذِب عن نَفسه، والمُدَّعِيَ يَأخُذه على أنه حَقُّه أو عِوَضٌ عنه، فيجوزُ وإن لم يَكن الحقُّ مالًا، كالخُصومة.

(و) إذا صحَّ الفِداءُ والصُّلحُ، وبَطَل حَقُّه في اليَمين (لم يُحلَّف) المُنكِرُ (بعده) أبدًا؛ لبُطلان حقِّه في اليَمين، بخِلاف ما إذا اشتَرى يَمينَه بالمال؛ حيث لا يجوزُ؛ لعَدَم رُكنِ البَيع، فبَقِي حقُّه في اليَمين على حاله.

---

(١) في سوى (أ): ألا.

(٢) قال في «نصب الراية» ٤/ ١٠٢: قال البيهقي في كتاب «المعرفة» (٢٠٠٤٣) في كتاب أدب القاضي: قال الشافعي رَحِمَهُٱللَّهُ: بلغني أن عثمان بن عفان ردت عليه اليمين فافتداها بمال، وقال: أخاف أن يوافق قدرٌ بلاءٍ فيقال: هذا بيمينه. وقال في آخر الباب: وفي كتاب «المستخرج» لأبي الوليد بإسناد صحيح عن الشعبي: وفيه إرسال: أن رجلًا استقرض من عثمان بن عفان سبعة آلاف درهم، فلما تقاضاه، قال له: إنما هي أربعة آلاف، فخاصمه إلى عمر، فقال: تحلف أنها سبعة آلاف؟ فقال عمر: أنصفك، فأبى عثمان أن يحلف، فقال له عمر: خذ ما أعطاك... إلى آخر ما ذكره من الآثار بمعناه.

باب التَّحالُفِ

اختَلَفا في قَدْر الثَّمَنِ أو الْمَبيعِ: قُضِي لمن بَرْهَن، وإن بَرْهَنا: فلِمُثبِت الزِّيادةِ، وإن عَجَزا ولم يَرضَيا بدَعوى أحَدِهما: ....

هذا (باب) في بَيان أحكامِ (التَّحالُفِ)

هو تَفاعُلٌ من الحَلِف، وهذا البابُ لِمُشارَكة اثنَين فصاعِدًا.

(اختَلَفا) أي البائِعُ والْمُشتَري (في قَدْر الثَّمَنِ) بأن قال البائِعُ: هو ألفٌ، وقال الْمُشتَري: خَمسُمائةٍ (أو) اختَلَفا في قَدْر (الْمَبيعِ) بأن قال البائِعُ: هو عَشَرةُ أرطالٍ مثلًا، وقال الْمُشتَري: خَمسةَ عشَرَ رَطلًا (قُضِي لمن بَرْهَن) أي حُكِم لمن أقام البَيِّنةَ؛ لأنه نَوَّر دَعواه بالبَيِّنة.

(وإن بَرْهَنا) أي وإن أقام كلٌّ منهما البَيِّنةَ بما ادَّعاه (فلِمُثبِت) أي فحُكِم لِمُثبِت (الزِّيادةِ) لأنه خالٍ عن الْمُعارِض.

ولو اختَلَفا في الثَّمَن والْمَبيعِ جَميعًا: فبَيِّنةُ البائعِ أولى في الثَّمَن، وبَيِّنةُ الْمُشتَري أولى في الْمَبيع[1].

(وإن عَجَزا) أي البائِعُ والْمُشتَري عن إقامة البَيِّنةِ (و) الحالُ أنه (لم يَرضَيا) أي لم يَرضَ كلٌّ واحِدٍ منهما (بدَعوى أحَدِهما) أي بما قالَه

---

(١) صورته ما قال في «الشامل» في قسم المبسوط: قال البائع: بعتك هذه الجارية وحدها بمائة دينار، وقال المشتري: لا بل مع هذا العبد بخمسين، وأقاما البينة: يُقضى بهما جميعًا للمشتري بمائة دينار؛ لأن كل واحد منهما أثبتت بينته زيادةً، فتُقبل في حق تلك الزيادة. اهـ «غاية». شلبي ٤/ ٣٠٤.

تَحالَفا.

وبُدِئ بيَمين المُشتَري، وفَسَخ القاضِي بطَلَب أحَدِهما.

صاحِبُه بعدما قِيل لكلٍّ منهما: إما أن تَرضى بما قالَه صاحِبُك، وإلا فَسَخنا البيعَ عليك[1] (تَحالَفا) وفُسِخ البيعُ.

وصورةُ اليَمينِ: أن يَحلِفَ البائعُ بالله ما باعَه بما ادَّعاهُ المُشتَري، ويَحلِفَ المُشتَري بالله ما اشتَراه بما ادَّعاه البائِعُ.

(وبُدِئ بيَمين المُشتَري) عند محمدٍ وزفرَ وأبي يوسف في قَوله الآخِرِ، وهو رِوايةٌ عن أبي حنيفة، وأحدُ أقوالِ الشّافعيّ، وعليه الفَتوى؛ لأنه هو الذي يَتعجَّل فائِدةَ النُّكولِ بإلزام الثَّمَنِ.

وعن أبي يوسف: أنه يُبدَأ بيَمين البائعِ، وهو رِوايةٌ عن أبي حنيفة، وأحَدُ أقوالِ الشّافعيّ، وعن الشّافعيّ رَحِمَهُ اللَّهُ في قَوله الثّالثِ: الحاكِمُ بالخِيار، وعنه: يُبدَأ بيَمين المُدَّعي، وهو قولُ مالِكٍ وأحمدَ أيضًا، وقِيل: يُقرَع بينهما في البِداءةِ، هذا إذا باع سِلعةً بثَمَنٍ.

وأما في المُقايَضة، وهي: بيعُ السِّلعةِ بالسِّلعةِ، وفي الصَّرف، وهو: بيعُ الثَّمَنِ بالثَّمَن: يَبدَأ القاضِي بأيِّهما شاء؛ لاستِوائِهما في فائِدة النُّكولِ.

(وفَسَخ القاضِي) البيعَ بينهما (بطَلَب أحَدِهما) إما البائعِ أو المُشتَري؛

(١) فيقال في الاختلاف في الثمن للمشتري: إما أن ترضى بالثمن الذي يدعيه البائع وإلا فسخنا، وفي صورة الاختلاف في المبيع يقال للبائع: إما أن تسلم ما ادعاه المشتري وإلا فسخنا، وفي صورة ما إذا اختلفا فيهما يقال لكل واحد منهما ما ذُكر له. اهـ شلبي ٤/ ٣٠٥.

وَمَن نَكَل: لَزِمه دَعوى الآخَرِ.

وإن اختَلَفا في الأجَلِ، أو في شَرط الخِيارِ، أو في قَبض بعضِ الثَّمَنِ،

لقَوله عَلَيْهِ الصَّلَاةُ وَالسَّلَامُ: «إذا اختَلَف الْمُتبايِعان تَحالَفا وتَرادّا»[1]، وقِيل: يَنفسِخ بنَفس التَّحالُفِ[2]، وبه قال الشّافعيُّ، والصَّحيحُ الأوَّلُ

(وَمَن نَكَل) منهما عن اليَمين (لَزِمه دَعوى الآخَرِ) إذا اتَّصَل به القَضاءُ.

(وإن اختَلَفا) أي الْمُتعاقِدان (في) نَفس (الأجَلِ) بأن ادَّعى أحَدُهما أجَلًا، وأنكَر الآخَرُ (أو) اختَلَفا (في شَرط الخِيارِ) بأن ادَّعى أحَدُهما شرْطَ الخِيارِ، وأنكَره الآخَرُ (أو) اختَلَفا (في قَبض بعضِ الثَّمَنِ) بأن ادَّعى أحَدُهما أنه استَوفى بعضَ الثَّمَن، وأنكَر الآخَرُ..

(١) قال في «نصب الراية» ٤/ ١٠٥: قال عَلَيْهِ الصَّلَاةُ وَالسَّلَامُ: «إذا اختلف المتبايعان، والسلعة قائمة بعينها: تحالفا وترادا»، قلت: يأتي في الحديث بعده.. قال عَلَيْهِ الصَّلَاةُ وَالسَّلَامُ: «إذا اختلف المتبايعان، فالقول ما قاله البائع»، قلت: أخرجه أصحاب السنن الأربعة من حديث ابن مسعود، وله طرق: فأبو داود في البيوع (٣٥١١)... أن عبد الله بن مسعود باع للأشعث بن قيس رقيقًا من رقيق الخمس بعشرين ألف درهم، فأرسل عبد الله إليه في ثمنهم، فقال: إنما أخذتهم بعشرة آلاف، فقال عبد الله: إن شئت حدثتك بحديث سمعته من رسول الله صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ، سمعته يقول: «إذا اختلف المتبايعان ليس بينهما بينة، فالقول ما يقول رب السلعة، أو يتتاركان»... إلى آخر ما ذكر من الطرق. وانظر كلام المصنف حوله في «البناية» ٩/ ٣٥٣.

(٢) لم يتعرض الشارح رَحِمَهُ اللَّهُ لتعليل اشتراط طلب أحدهما الفسخ، مع أن رفع الفساد واجب عليه وإن لم يطلبه أحد، ووجه اشتراطه: أن الفساد هنا وقع بعد صحة البيع، بخلاف البيوع الفاسدة؛ لأنها وقعت فاسدةً ابتداءً. اهـ شلبي ٤/ ٣٠٥.

أو بعد هَلاكِ الْمَبيعِ، أو بعضِه، أو في بَدَل الكِتابةِ، أو في رَأس المالِ بعد إقالةِ السَّلَمِ: لم يَتحالَفا، والقولُ للمُنكِر مع يَمينِه.

(أو) اختَلَفا في مِقدار الثَّمَنِ (بعد هَلاكِ الْمَبيعِ، أو) اختَلَفا فيه بعد هَلاكِ (بعضِه) أي بعضِ الْمَبيعِ، صورتُه: أنه باع عَبدَين صَفْقةً واحِدةً، ثم هَلَك أحَدُهما عند الْمُشتَري، ثم اختَلَفا في الثَّمَن (أو) اختَلَف الْمَولى والْمُكاتَبُ (في بَدَل الكِتابةِ، أو) اختَلَفا (في رَأس المالِ بعد إقالةِ السَّلَمِ) بأن قال ربُّ السَّلَم: رأسُ المالِ مِائةٌ، وقال الْمُسلَمُ إليه: بل خَمسونَ..

وقولُه: (لم يَتحالَفا) جَوابُ الْمَسائلِ الْمَذكورةِ كلِّها.

(والقولُ) يكونُ (للمُنكِر مع يَمينِه)..

أما في الأجَل، وشرطِ الخِيارِ، وقبضِ بعضِ الثَّمَن: فلأنه اختِلافٌ في غَير الْمَعقودِ عليه، فصار كالاختِلاف في الحطِّ والزِّيادةِ، وعند زفرَ والشَّافعيِّ ومالِكٍ: يَتحالَفان في الأجَل إذا اختَلَفا في أصله وقَدْرِه[1]، كالاختِلاف في مِقدار الثَّمَنِ[2].

---

(١) في (أ): في أجله وقدره. وانظر «التبيين» ٤/ ٣٠٧.

(٢) فإن المؤجل أنقصُ من الحال في المالية، ولأن النص أوجب التحالف عند اختلاف المتبايعين ولم يَفصِل. قلنا وجوب التحالف معلق باختلاف المتبايعين، وهو اسم مشتق من البيع، فيتعلق وجوبه باختلافهما فيما يثبت به البيع، وهو يثبت بالمبيع والثمن لا بالأجل، فصار كأنه قال: إذا اختلف المتبايعان في المبيع أو الثمن تحالفا، وقد بيَّنَّا أن الأجل ليس بوصف للثمن؛ إذ لو كان وصفًا له لذهب عند ذهابه؛ إذ الشيء لا يبقى بدون وصفه... إلخ، كما في «التبيين» ٤/ ٣٠٧.

....

وأما في الاختِلاف بعد هَلاكِ الْمَبيعِ: فالْمَذكورُ قولُهما، وعند محمدٍ: يَتحالَفان، ويُفسَخ على قِيمة الهالِكِ؛ لعُموم الحَديثِ الذي رَوَيناه[1]، وبه قال زفرُ والشّافعيُّ ومالِكٌ في رِوايةٍ.

ولهما: أن الْمُشتريَ هو الْمُنكِرُ، والقولُ قولُه؛ لأن الْمَبيعَ سُلِّم له، وهو لا يَدَّعي على البائِعِ شيئًا، والحَديثُ أوجَب اليمين[2] على الْمُنكِر، والتَّحالُفُ عُرِف بالنَّصِّ حالَ قِيامِ السِّلعةِ.

وأما في الاختِلافُ بعد هَلاكِ بعضِ الْمَبيعِ: فالْمَذكورُ هو قولُ أبي حنيفةَ، قال القُدُوريُّ فيه: لا يَتحالَفان[3]، إلا أن يَرضى البائعُ أن يَترُكَ حِصّةَ الهالِكِ، وفي «الجامِع الصَّغيرِ»: القولُ قولُ الْمُشتَري مع يَمينِه عند أبي حنيفةَ، إلا أن يَشاءَ البائِعُ أن يَأخُذَ الحيَّ، ولا شيءَ له.

وقال قاضِي خانَ: وذَكَر في «الأصل»: إلا أن يَشاءَ البائِعُ أن يَأخُذَ الحيَّ ولا يَأخُذَ من ثَمَن الْمَيْتِ شيئًا، وقال أبو يوسف: يَتحالَفان في الحيِّ، ويُفسَخ العقدُ فيه، ولا يَتحالَفان في الهالِك، ويكونُ القولُ في ثَمَنه[4] قولَ الْمُشتَري.

---

(١) وهو حديث: «إذا اختلف المتبايعان ...».

(٢) في سوى (أ) و(د): الثمن.

(٣) في (د): قال القدوري فيه يتحالفان، (هـ): قال القدوري لا يتحالفان. وانظر «التبيين» ٣٠٨/٤.

(٤) في (ج): في يمينه.

ولو اختَلَفا في مِقدارِ الثَّمنِ بعد الإقالةِ: تَحالَفا.

وقال محمدٌ: يَتحالَفان عليهما، ويُفسَخ العقدُ فيهما، ويُرَدُّ الحيُّ وقِيمةُ الهالِكِ؛ لأن هَلاكَ كلِّ السِّلعةِ لا يَمنَعُ التَّحالُفَ عنده، فهَلاكُ البعضِ أولى، وبه قال زفرُ والشّافعيُّ ومالِكٌ.

ولأبي يوسف: أن امتِناعَ التَّحالُفِ لِلهَلاك، فيَتقدَّرُ بقَدْره، ولأبي حنيفةَ رَحِمَهُ اللهُ: أن التَّحالُفَ بعدَ القبضِ ثَبَت بالنَّصِّ على خِلاف القِياسِ، وَرَد الشَّرعُ به في حال قِيامِ السِّلعةِ، وهي اسمٌ لجَميعها، فلا تَبقى السِّلعةُ بعد فَواتِ جُزءٍ منها.

وأما في الاختِلاف في بَدَل الكِتابةِ: فالْمَذكورُ هو قولُ أبي حنيفةَ، وقالا: يَتحالَفان، وتُفسَخ الكِتابةُ؛ لأنها عقدُ مُعاوَضةٍ تَقبَل الفَسخَ، وكلُّ واحِدٍ منهما مُدَّعٍ على الآخَر، وبه قال الشّافعيُّ.

وله: أن البَدَلَ في الكِتابة مُقابَلٌ بفَكِّ الحَجْرِ، وهو مِلكُ التَّصرُّفِ واليدِ للحال، وقد سَلِم ذلك للعَبد، ولا يَدَّعي على مَولاه شيئًا، والتَّحالُفُ بعد القبضِ على خِلاف القِياسِ، فلا يَتحالَفان، فيكونُ القولُ قولَ العبدِ؛ لأنه مُنكِرٌ.

وأما في إقالة السَّلَم: فلأنها في هذا البابِ ليس ببَيعٍ، بل هو إبطالٌ من كلِّ وجهٍ، فاعتُبِر فيه حَقيقةُ الدَّعوى، والْمُسلَمُ إليه هو الْمُنكِرُ حَقيقةً، فكان القولُ قولَه، ولا يَعودُ السَّلَمُ.

(ولو اختَلَفا) أي الْمُتعاقِدان (في مِقدارِ الثَّمنِ بعد الإقالةِ) يعني بعدما تَقايَلا قبل قبضِ الْمَبيعِ بحُكمِ الإقالةِ (تَحالَفا) إذا لم يَكن

وإن اختَلَفا في الْمَهر: قُضِي لمن بَرْهَن، وإن بَرْهَنا: فللمَرأة، وإن عَجَزا: تَحالَفا، ولم يُفسَخ النّكاحُ، ....

لهُما بيّنةٌ، ويَعودُ البيعُ الأوَّلُ، ولو قَبَض البائعُ المبيعَ بعد الإقالةِ: لا يَتحالَفانِ عندَهما، وعند محمدٍ: يَتحالَفان.

(وإن[1] اختَلَفا) أي الزَّوجان (في) القَدْر الْمُسمّى من (الْمَهر) بأن قال الزَّوجُ: إنه تَزوَّجَها بألفٍ مثلًا، وقالَت الزَّوجةُ: تَزوَّجَني بألفَين (قُضِي لمن بَرْهَن) أي حُكِم لمن أقام البَيِّنةَ؛ لأنه يؤيد دَعواه بها.

(وإن بَرْهَنا) أي وإن أقام كلٌّ من الزَّوجَين بَيِّنةً على دَعواه (فللمَرأة) أي فالبَيِّنةُ بَيِّنةُ الْمَرأةِ؛ لأنها تُثبِت الزِّيادةَ، هذا إذا كان مَهرُ الْمِثل يَشهَد للزَّوج، بأن كان مِثلَ ما يَدَّعيه أو أقلَّ؛ لأن الظّاهرَ يَشهَد له، وبَيِّنةُ الْمَرأةِ تُثبِت خِلافَ الظّاهرِ، فكانَت أولى..

وإن كان مهرُ الْمِثل يَشهَدُ لها، بأن كان مِثلَ ما تَدَّعيه أو أكثرَ: كانَت بَيِّنةُ الزَّوجِ أولى؛ لأنها تُثبِت الحطَّ، وهو خِلافُ الظّاهرِ، وإن كان مَهرُ مِثلِها لا يَشهَد لها ولا له، بأن كان أقلَّ مما ادَّعَته الْمَرأةُ، وأكثرَ مما ادَّعاه الزَّوجُ: فالصَّحيحُ أنهما يَتهاتَران.

(وإن عَجَزا) أي الزَّوجان عن إقامة البَيِّنةِ (تَحالَفا، ولم يُفسَخ النِّكاحُ) لأن يَمينَ كلٍّ منهما يَنتفي به ما يَدَّعيه صاحِبُه من التَّسمِية، فيَبقى العقدُ بلا تَسمِيةٍ، وذلك غيرُ مُفسِدٍ للنِّكاح، فلا حاجةَ إلى الفَسخ، بخِلاف

(1) في (ح): ولو.

بل يُحكَّم مهرُ الْمِثل، فقُضِي بقَوله لو كان كما قال أو أقلَّ، وبقَولها لو كان كما قالَت أو أكثرَ، وبه لو كان بينهما.

ولو اختَلَفا في الإجارة قبل الاستيفاءِ: تَحالَفا، ....

البَيعِ (بل يُحكَّم) بتَشديد الكافِ، أي بل يُجعَل (مهرُ الْمِثل) حَكَمًا..

(فقُضِي[1] بقَوله) أي بقَول الزَّوجِ (لو كان) مهرُ الْمِثل (كما قال) الزَّوجُ (أو) كان (أقلَّ) من ذلك (و) يُقضى (بقَولها) أي بقَول الْمَرأةِ (لو كان) مهرُ الْمِثل (كما قالَت أو) كان (أكثرَ) من ذلك (و) يُقضى (به) أي بمَهر الْمِثل (لو كان بينهما) أي بين ما قالَت هي وبين ما قال هو؛ لأنه لما انتَفى بيمينهما التَّسمِيةُ احتِيجَ إلى تَحكيم مهرِ الْمِثلِ، فيُقضى بقَول من يَشهَد له مهرُ الْمِثل..

وإن لم يَشهَد لواحِدٍ منهما، بأن كان أقلَّ مما ادَّعَت، وأكثرَ مما أقَرَّ به هو: قُضِي بذلك، وعند أبي يوسف: القَولُ قولُ الزَّوجِ مع يَمينِه، إلا أن يأتيَ بشيءٍ مُستنكَرٍ لا يُتعارَف مَهرًا لها، وقد مرَّ تَحقيقُه في النِّكاح.

(ولو اختَلَفا) أي الْمُؤجِرُ والْمُستأجِرُ (في الإجارة قبل الاستِيفاءِ) أي استِيفاءِ الْمَعقودِ عليه (تَحالَفا) وتَرادّا، كالبَيع؛ إذ الإجارةُ تُشبِه البيعَ، وأيُّهما نَكَل عن اليَمين لَزِمه دَعوى الآخَرِ، وأيُّهما بَرْهَن قُبِلت بَيِّنتُه.

---

(١) في (د): يقضى، وفي (ح): فيقضى.

وبعده: لا، والقولُ للمُستأجِر، والبعضُ مُعتبَرٌ بالكلِّ..
وإن اختَلَف الزَّوجان في مَتاع البيتِ: فالقولُ لكلٍّ منهما فيما صَلَح له،

ولو بَرْهَنا: كانَت بَيِّنةُ الْمُؤجِرِ أولى إن كان الاختِلافُ في الأجرةِ، وبَيِّنةُ الْمُستأجِرِ إن كان الاختِلافُ في الْمَنافِعِ، وإن كان الاختِلافُ فيهما: قُبِلت بَيِّنةُ كلٍّ منهما فيما يَدَّعيه من الفَضل، نحوُ أن يَدَّعيَ هذا شهرًا بعَشَرة دَراهِمَ، والْمُستأجِرُ شَهرَين بخَمسةٍ، فيُقضى بشَهرَين بعَشَرةٍ، فتَعمَلُ بَيِّنةُ أحَدِهما في الزَّمان، وبَيِّنةُ الآخَرِ في مِقدار الأجرةِ.

(و) إن اختَلَفا (بعده) أي بعد استيفاءِ الْمَعقودِ عليه (لا) يَتحالَفان (و) يكونُ (القولُ للمُستأجِر) مع يَمينِه؛ لأن التَّحالُفَ يَثبُت لأجل الفَسخِ، والْمَنافِعُ التي استَوفاها لا يُمكِن فسخُ العقدِ فيها، فلم يَثبُت التَّحالُفُ.

(والبعضُ) في الاستيفاء (مُعتبَرٌ بالكلِّ) يَعني: إذا استَوفى بعضَ الْمنافِع، وبَقِي البعضُ: يُعتبَر كلُّ واحِدٍ منهما بالكلّ، حتى يَمتنِعُ التَّحالُفُ في الْمُستَوفى، ويكونُ القولُ فيه للمُستأجِر، كما لو استَوفى الكلَّ، ويَجري التَّحالُفُ في الباقِي، ويُفسَخ العقدُ فيه كما إذا لم يَستَوفِ شيئًا، وهذا بالإجماع.

(وإن اختَلَف الزَّوجان في مَتاع البيتِ: فالقولُ لكلّ) واحِدٍ (منهما) أي من الزَّوجَين، سواءٌ كان النِّكاحُ قائِمًا بينهما أو لم يكن (فيما صَلَح[1] له) أي لكلِّ واحِدٍ منهما.

---

(١) في (أ) و(ج): يصلح.

وله فيما صَلَح لهما، فإن مات أحَدُهما: فللحيِّ، ....

والذي يَصلُح للزَّوج: كالعِمامة، والقَباءِ، والقَلَنْسُوةِ، والطَّيْلَسانِ، والسِّلاحِ، والْمِنطَقةِ، والكُتُبِ، والقَوسِ، والدِّرعِ الحَديدِ.

والذي يَصلُح للمَرأة: كالخِمار، والدِّرعِ، والأساوِرِ، وخَواتمِ النِّساءِ، والخَلخالِ، ونحوِ ذلك، فالقولُ قولُها فيها مع يَمينِها، إلا إذا كان الزَّوجُ يَبيعُ هذه الأشياءَ، فلا يكونُ القولُ قولَها؛ لتَعارُض الظَّاهِرَين، وكذا إذا كانَت الْمَرأةُ تَبيعُ ما يَصلُح للرِّجال لا يكونُ القولُ قولَه في ذلك.

(و) القولُ (له) أي للزَّوج إذا اختَلَفا (فيما صَلَح[1] لهما) أي للزَّوجَين، كالفُرُش، والأمتِعةِ، والأوانِي، والرَّقيقِ، والعَقارِ، والْمَواشي، والنُّقودِ؛ لأن الْمَرأةَ وما في يَدها في يَد الزَّوجِ، والقولُ لصاحِب اليدِ في الدَّعاوى.

(فإن مات أحَدُهما) أي أحدُ الزَّوجَين، واختَلَف الحيُّ منهما مع وَرَثةِ الآخَرِ (فللحيِّ) أي فالذي يَصلُح لهما يكونُ للحيّ، وأما ما يَصلُح لأحَدهما ولا يَصلُح للآخَر: فهو على ما كان قبل الْمَوتِ، وتَقومُ وَرَثته مَقامَه فيه، والباقِي له مع يَمينِه؛ للظَّاهِر.

وقال محمدٌ: يُصرَف إليه في حَياته، وإلى وَرَثته بعد مَوتِه؛ لأن يدَ وُرّاثِه كيَده.

---

(١) في (ج): يصلح.

ولو أحَدُهما مَملوكًا: فللحُرّ في الحَياةِ، وللحيِّ في الموتِ.

وقال زفرُ: ما يَصلُح لهما يكونُ مَقسومًا بينهما بمَنزِلة عَينٍ في يَد اثنَين ادَّعياها، وهو رِوايةٌ عن محمدٍ وأحمدَ.

ورَوى الحسَنُ عن زفرَ أيضًا: أن جَميعَ ما في البَيت بينهما، إلا ما كان في يَده مُشاهَدةً، وبه قال الشّافعيُّ ومالِكٌ.

وقال الحسَنُ البَصريُّ: الْمَتاعُ كلُّه للمَرأة، وليس للرَّجُل إلا ما عليه من ثِياب بدَنِه.

وقال ابنُ أبِي لَيلى: الْمَتاعُ كلُّه للزَّوج كيفما كان.

وهذه هي الْمُسبَّعةُ[1]، وقد ذَكَرنا الأقاويلَ السَّبعةَ.

(ولو) كان (أحَدُهما) أي أحدُ الزَّوجَين (مَملوكًا) واختَلَفا في مَتاع البيتِ (فللحُرّ) أي فيكونُ الْمَتاعُ للحُرّ (في) حال (الحَياةِ) أي حَياتِهما (و) يكونُ (للحيِّ في) حال (الموتِ) أي موتِ أحَدِهما أيِّهما كان؛ لأن يدَ الحُرّ[2] أقوى.

وأما إذا مات أحَدُهما: فلا يدَ للمَيْت، فخَلَت[3] يدُ الحيِّ عن الْمُعارِض، فكان للحيِّ منهما، هكذا ذَكَر الحُكمَ في «الهِداية» وغيرِها، وقال شمسُ الأئِمّةِ السَّرَخسيُّ في «شَرح الجامِع الصَّغير»:

---

(١) في (ب) و(ج) و(هـ): السبعة.

(٢) في (ج): يد الحي.

(٣) في (ج) و(د): فحلت.

....

وكذلك إن مات أحَدُهما كان الْمَتاعُ للحُرّ منهما، ثم قال: وَقَع في بَعض النُّسَخ: للحيّ منهما، وهو سهوٌ.

وهذا على إطلاقه قولُ أبي حنيفةَ، وقالا: العبدُ الْمَأذونُ له في التِّجارة والْمُكاتَبُ: كالحُرّ، كما لو تَنازَعا في ثوبٍ في أيدِيهما، وبه قال الشّافعيُّ ومالِكٌ رَحِمَهُمَاٱللَّهُ.

﴿ فصلٌ [في بَيان ما تَندفِع به الخُصومةُ] ﴾

قال الْمُدَّعَى عليه: هذا الشَّيءُ أَودَعَنيه، أو آجَرَنيه، أو أعارَنيه.. فُلانٌ الغائِبُ، أو رَهَنه، أو غَصَبتُه منه، وبَرْهَن عليه: دُفِعت خُصومةُ الْمُدَّعِي.

هذا (فصلٌ) في بَيان ما تَندفِع به الخُصومةُ

(قال الْمُدَّعَى عليه) عند الدَّعوى عليه (هذا الشَّيءُ) الذي يَدَّعيه هذا الرَّجُلُ (أَودَعَنيه) فُلانٌ، وهو غائبٌ (أو آجَرَنيه) فُلانٌ، وهو غائبٌ (أو أعارَنيه) أي أعطاني إيّاه عارِيَةً، وقولُه: (فُلانٌ الغائِبُ) يَرجِع إلى الكلّ، بمَعنى أنه فاعِلٌ للكلّ بحُكم العطفِ.

(أو) قال الْمُدَّعَى عليه (رَهَنه) أي رَهَنه الغائِبُ عندي (أو) قال (غَصَبتُه) أي هذا الشَّيءَ (منه) أي من فُلانٍ الغائبِ (وبَرْهَن) أي أقام بَيِّنةً (عليه) أي على ما قالَه (دُفِعت خُصومةُ الْمُدَّعِي) لأنه أثبَت ببَيِّنته[1] أن العَينَ وَصَلت إليه من جِهة الغائبِ، وأن يدَه ليست بيَد خُصومةٍ، فصار كما لو أقرَّ الْمُدَّعِي بذلك، وأثبَت ذو اليدِ إقرارَه بذلك.

والشَّرطُ إثباتُ هذه الأشياءِ دون الْمِلك، حتى لو شَهِدوا بالْمِلك للغائِب دون هذه الأشياءِ[2] لم تَندفِع الخُصومةُ، وبالعَكس تَندفِع.

---

(١) في (أ) و(د) و(هـ): بينة، وفي (ب): ببينة.

(٢) أي الإيداع والإجارة والإعارة. شلبي ٤/ ٣١٣.

....

وقال ابنُ شُبْرُمةَ: لا تَندفِع ولو أقام بيِّنةً، وقال ابنُ أبي لَيلى: تَندفِع بإقراره للغائب[1] من غَير إقامةِ البيِّنةِ.

وقال أبو يوسف آخِرًا: إن كان الْمُدَّعى عليه صالِحًا فالجَوابُ كما ذَكَرنا، وإن كان مَعروفًا بالحِيَل والافتِعالِ: لا تَندفِع عنه الخُصومةُ، وإن أقام بيِّنةً أن العَينَ للغائِب[2].

وهذا كلُّه فيما إذا قال الشُّهودُ: نَعرِف صاحِبَ المالِ -وهو الْمُودِعُ أو الْمُعيرُ- باسمه ونَسَبِه ووَجهِه؛ لأن الْمُدَّعيَ يُمكِنه أن يتبَعَه[3].

وإن قالُوا: نَعرِفه بوَجهه، ولا نَعرِفه باسمه ونسَبِه: لا تَندفِع الخُصومةُ عند محمدٍ[4]، وعند أبي حنيفةَ: تَندفِع[5].

---

(١) في سوى (أ): للغاصب. وانظر «التبيين» ٤/ ٣١٣.

(٢) لأن المحتال من الناس يأخذ مال غيره غصبًا، ويدفعه سرًّا إلى غريب، يريد أن يغيب من البلدة، ويواعده أن يرده إليه على رؤوس الأشهاد؛ ليمكنه الإشهاد على أن هذا الشيء أودعه غيره عندما يدعيه صاحبه، فيضيع بذلك ماله، فيجب على القاضي أن ينظر في أحوال الناس، ويعمل بمقتضى حالهم، رجع إلى هذا القول بعدما وُلِّي القضاء وابتُلي بأمور الناس، وليس الخبر كالعيان. «التبيين» ٤/ ٣١٤.

(٣) في سوى (أ): يبيعه. وانظر «التبيين» ٤/ ٣١٤.

(٤) لأن ذا اليد خصم باعتبار اليد، وهو يملك نقل الخصومة إلى غيره، أما لا يملك إبطال الخصومة: لأنه حق المدعي، ومتى صار الغائب معروفًا بالاسم والنسب كان نقلًا، وإذا لم يصر معروفًا: لا يتمكن المدعي من الخصومة معه، فيكون إبطالًا لحق المدعي. شلبي ٤/ ٣١٤.

(٥) لأنه ثبت وصول العين إلى ذي اليد من جهة غير المدعي، فثبت أن يده يد غيره، =

وإن قال: ابتَعتُه من الغائِب، أو قال الْمُدَّعِي: غَصَبتَه، أو سُرِق منِّي، وقال ذُو اليدِ: أَودعَنيه فُلانٌ، وبَرْهَن عليه: لا.

وتُسمّى هذه الْمَسألةُ مُخَمَّسةَ كِتابِ الدَّعوى؛ لأن فيها خمسَ صُوَرٍ من دَعوى الوَديعةِ، والعارِيَةِ، والإجارةِ، والرَّهنِ، والغَصبِ، أو فيها اختِلافَ خَمسةٍ من الأئِمّةِ رَحِمهم اللهُ تَعالى.

(وإن قال) الْمُدَّعى عليه (ابتَعتُه) أي اشتَريتُه (من الغائِب[1])، أو قال الْمُدَّعي) للمُدَّعى عليه: (غَصَبتَه) منِّي (أو) قال الْمُدَّعي (سُرِق) هذا (منِّي، وقال ذُو اليدِ) الذي هو الْمُدَّعى عليه (أَودعَنيه فُلانٌ) أي تَرَكه عندي وَديعةً (وبَرْهَن) أي أقام بَيِّنةً (عليه) أي على قَوله: أَودعَنيه فُلانٌ (لا) تَندفِع الخُصومةُ..

لأنه بدَعواه الشِّراءَ من الغائِب في الْمَسألة الأُولى صار مُعترِفًا بأن يدَه يدُ مِلكٍ، فيكونُ مُعترِفًا بأنه خصمٌ، وفي الثّانية: لما قال الْمُدَّعي لصاحِب اليدِ: (غَصَبتَه منِّي): صار خصمًا باعتِبار دَعوى الفِعلِ عليه، وفي الثّالِثة: قولُ الْمُدَّعي: (سُرِق منِّي) دَعوى الفِعلِ[2] عليه أيضًا في الْمَعنى.

وإنما جَهَّله[3] بالبِناء للمَفعول: لأَجل السَّترِ عليه كي لا تُقطَعَ يدُه، فصار كأنه قال: سَرَقتَه منِّي، وقال محمدٌ: تَندفِع الخُصومةُ عنه، وهو

= وأنه ليس بخصم، وهذا يكفي لدفع الخصومة. شلبي ٤/ ٣١٤.

(١) في (ج): الغاصب.

(٢) في (ب) و(هـ): للفعل.

(٣) في (ح): جعله.

وإن قال الْمُدَّعي: ابتَعتُه من فُلانٍ، وقال ذُو اليدِ: أَودَعَنيه فُلانٌ ذلك: سَقَطت الخُصومةُ.

القِياسُ؛ لأنه لم يَدَّعِ عليه الفِعلَ، فصار كما لو قال: غُصِب[1] منّي، على البِناء للمَفعول، وجهُ الاستِحسانِ: ما بيَّنّاه.

(وإن قال الْمُدَّعي: ابتَعتُه) أي اشتَريتُ هذا الشَّيءَ (من فُلانٍ، وقال ذُو اليدِ) أي الْمُدَّعى عليه (أَودَعَنيه فُلانٌ ذلك) الشَّيءَ (سَقَطت الخُصومةُ) لاتِّفاقهما على أن أصلَ الْمِلكِ لغَير الْمُدَّعي، فيكونُ وُصولُه إلى يَده من جِهة غيرِ الْمُدَّعي ضَرورةً، فلم يكن ذُو اليدِ خصمًا، ولا للمُدَّعي أخذُه من يَده، إلا أن يُقيمَ البيِّنةَ أن فُلانًا وَكَّله بقَبضه، فيَأخذَه؛ لكَونه أحقَّ بالحِفظ.

ولو صَدَّقه ذُو اليدِ في شِرائه منه: لا يَأمرُه القاضِي بالتَّسليم إليه؛ حتى لا يكونَ قَضاءً على الغائِب بإقراره.

ولو قال ذُو اليدِ: أَودَعَنيه وَكيلُ فُلانٍ ذلك: لا تَندفِع الخُصومةُ إلا ببيِّنةٍ[2].

---

(١) في (د) و(هـ): غصبت.

(٢) أي لأن الوكالة لا تثبت بقوله. شلبي ٤/ ٣١٥.

باب ما يَدَّعيه الرَّجُلان

بَرْهَنا على ما في يَدِ آخَرَ: قُضِي لهما.

هذا (باب)[1] في بَيان أحكامِ (ما يَدَّعيه الرَّجُلان)

(بَرْهَنا) أي الاثنانِ، أي أقام كلٌّ منهما بَيِّنةً (على) أن (ما في يَدِ آخَرَ) مِلكُه، ولم يَذكُرا سببَ المِلكِ ولا تارِيخَه (قُضِي) أي حُكِم بذلك (لهما) لعَدَم الأولَويّةِ.

وقال الشّافعيُّ رَحِمَهُ ٱللَّهُ: إنهما تَتهاتَران[2]، وبه قال أحمدُ في رِوايةٍ، وعنه: أنه يُقرَع بينهما[3]، وبه قال أحمدُ في رِوايةٍ، وعن الشّافعيِّ في قولٍ: يُوقَف أبدًا حتى يُعلَمَ، وعنه: كقَولنا، وعن مالِكٍ وأحمدَ في رِوايةٍ: يُقضى بأعدَل البَيِّنتَين، وعند التَّساوي: يُقرَع، وقال الأوزاعيُّ: يُقضى لمن كان شُهودُه أكثرَ عدَدًا.

ولنا: ما رُوِي عن أبي موسى رَضِي اللهُ تَعالى عنه أن رَجُلَين ادَّعَيا بَعيرًا على عَهدِ رَسولِ اللهِ صَلَّىٱللَّهُعَلَيۡهِوَسَلَّمَ، فبَعَث كلُّ واحِدٍ منهما بشاهِدَين، فقَسَمه رَسولُ اللهِ صَلَّىٱللَّهُعَلَيۡهِوَسَلَّمَ بينهما نِصفَين، رَواه أبُو داوُدَ[4].

---

(١) في (هـ): فصل.
(٢) أي وتجب القسمة بينهما على قوله. اهـ «غاية». شلبي ٤/ ٣١٥.
(٣) قال الإتقاني بعد حكاية هذين القولين عن الشافعي: ويتوقف إلى الصلح على قول، كذا في «وجيزهم». اهـ شلبي ٤/ ٣١٦.
(٤) رواه الإمام أحمد (١٩٦٠٣) أبو داود (٣٦١٥)، وابن ماجه (٢٣٣٠).

وعلى نِكاح امرَأةٍ: سَقَطا، وهي لمن صَدَّقَت، أو لمن سَبَقَت بَيِّنتُه.

(و) لو بَرْهَنا (على نِكاح امرَأةٍ) بأن أقام كلُّ واحِدٍ منهما بَيِّنةً أن هذه امرَأتُه (سَقَطا) أي بُرهاناهما، أرادَ به: تَهاتَرت البَيِّنتان؛ لتَعذُّر[1] القَضاءِ بهما؛ إذ النِّكاحُ لا يَقبَل الاشتِراكَ.

(وهي) أي الْمَرأةُ (لمن صَدَّقَت) أي لمن صَدَّقَته منهما؛ لأن النِّكاحَ مما يُحكَم به بتَصادُق الزَّوجَين، فيُرجَعُ إلى تَصدِيقها (أو) هي تكونُ (لمن سَبَقَت بَيِّنتُه) بالنِّكاح، إلا إذا كانَت الْمَرأةُ في بَيت أحَدِهما، أو دَخَل بها أحَدُهما، فيكونُ هو أولى، ولا يُعتبَر قولُها[2]، إلا أن يُقيمَ الآخَرُ البَيِّنةَ أنه تَزوَّجها قبلَه، فيكونُ هو أولى، لأن التَّصريحَ يَفوقُ الدِّلالةَ[3].

فالحاصِلُ: إن تَنازعا فيها وبَرْهَنا.. فإن أرَّخا: كان أقدَمُهما تاريخًا أولى، وإن لم يُؤرِّخا، أو استَوى تأريخُهما.. فإن كان مع أحَدِهما قبضٌ، كالدُّخول بها، أو نقلِها إلى مَنزِله: كان هو أولى، وإن لم يُوجَد شيءٌ من ذلك: يُرجَع إلى تَصديق الْمَرأةِ.

---

(١) في (ب) و(هـ): لتعارض. وانظر «التبيين» ٤/ ٣١٦.

(٢) في (هـ): قولهما. وانظر «التبيين» ٤/ ٣١٦.

(٣) فلا يُعتبر معه، فصار نظير ما لو ادعى رجل نكاح امرأة فأقام بينة فحُكم له به، حتى لا يقبلُ دعوى أحدٍ النكاحَ فيها بعده؛ لكونها أقوى؛ لاتصال القضاء بها، وهو المراد بقوله: أو سبقت بينة أحدهما. «التبيين» ٤/ ٣١٦.

وعلى الشِّراء منه: لكلٍّ نِصفُه ببَدَله إن شاء، وبإباءِ أحدهما بعدَ القَضاءِ: لم يَأخُذ الآخرُ كلَّه، ....

(و) لو بَرْهَنا (على الشِّراء منه) أي من ذِي اليدِ، ولم يكن تأريخٌ: كان (لكلٍّ) واحدٍ منهما (نِصفُه) أي نِصفُ الْمُدَّعى (ببَدَله) أي بِنصف الثَّمَن (إن شاء) وإن شاء تَرَكَ؛ لأنهما لما استَوَيا في السَّبَب تَخيَّرا؛ لتَعذُّر القَضاءِ بكلِّه لكلٍّ منهما[1].

(وبإباءِ) أي بامتِناع (أحدهما[2]) أن يأخُذَ الْمَبيع (بعدَ القَضاءِ) أي بعد قَضاءِ القاضِي به بينهما (لم يَأخُذ الآخرُ كلَّه) أي كلَّ الْمَبيعِ؛ لأنه صار في النِّصف مَقضِيًّا عليه، فانفَسَخ البيعُ فيه، فلا يكونُ له أخذُه بعد الانفِساخِ..

بخِلاف ما لو تَرَكَ أحَدُهما قبل القَضاءِ به بينهما؛ حيث يكونُ للآخَر أن يَأخُذَه كلَّه؛ لأنه أَثبَت ببَيِّنته أنه اشتَرى الكلَّ، وإنما يُرجَع إلى النِّصف بالْمُزاحَمة ضَرورةَ القَضاءِ به، ولم يُوجَد[3].

---

(١) أي فإن اختار الأخذ رجع كلٌّ منهما على البائع بنصف الثمن، إن كان نقده الثمن، وإن لم ينقده: أدى كل واحد منهما نصف الثمن، وإن اختار الرد: سَلَّم الدار كلَّها للبائع، ورجع كل واحد منهما على البائع بجميع الثمن إن كان نقد، وإن لم يكن نقد: فلا شيء لواحد منهما على البائع. اهـ «غاية». شلبي ٤/ ٣١٦.

(٢) في (ج): أخذهما.

(٣) فصار نظيرَ تسليم أحد الشفيعين، فإنه إن كان قبل القضاء: فللآخر أن يأخذ كل المبيع، وإن كان بعده: فليس له أن يأخذ إلا النصف؛ لأنه يستحق بالسبب كله، والانقسام للمزاحمة ضرورة القضاء به بينهما على ما بيَّنَّا. «التبيين» ٤/ ٣١٧.

وإن أَرَّخا: فللسّابِق، وإلا: فلِذِي القبضِ.

والشِّراءُ أحقُّ من الهِبة، ....

(وإن أَرَّخا) أي المبرهنان[1]، بأن ذَكَرت كلٌّ واحِدةٍ من البيِّنتَين تاريخًا (فللسّابِق) أي فالحُكمُ للسّابِق منهما؛ لأنه أثبَت مِلكَه في المُدَّعى في زمَنٍ لا يُنازِعه فيه أحد، وهذا بالإجماع، إلا في قولٍ للشّافعيِّ يكون بينهما (وإلا) أي وإن لم يُؤرِّخا (فلِذِي القبضِ) أي فيكونُ لصاحِب القبضِ؛ لأن تَمكُّنَه من القَبض دَليلُ سَبْقِ الشِّراءِ.

(والشِّراءُ أحقُّ من الهِبة) يَعني: إذا ادَّعى أحَدُهما شِراءً من شخصٍ، وادَّعى الآخَرُ هِبةً، وقَبَضا من ذلك الشَّخصِ بعَينه، وأقاما البَيِّنةَ، ولا تأريخَ منهما: كان الشِّراءُ أولى؛ لأنه أقوى، بخِلاف ما إذا اختَلَف المُمَلِّكُ لهما، أو كان[2] معهما تأريخٌ؛ حيث لا يكونُ الشِّراءُ فيه أولى.

وكذا الشِّراءُ مع الصَّدَقةِ في جَميعِ ما ذَكَرنا.

ودَعوَى الهبةِ والصَّدقة مع القبض فيهما: مستويان[3].

---

(١) في سوى (ج): أي البرهانان.

(٢) في (ج): لو كان.

(٣) لاستوائهما في وجه التبرع، ولا ترجيح للصدقة باللزوم؛ لأن أثر اللزوم يظهر في ثاني الحال، وهو عدم التمكن من الرجوع في المستقبل، والترجيح يكون بمعنى قائم في الحال، ولأن الرجوع إنما امتنع لحصول المقصود بها وهو الأجر، لا لقوة في السبب، ولو حصل المقصود بالهبة لا يرجع أيضًا. «التبيين» ٤/ ٣١٨.

والشِّراءُ والْمَهرُ سواءٌ، ....

وهذا فيما لا يَحتمِل القِسمةَ من غَير خِلافٍ[1]؛ لأن الشُّيوعَ لا يَضُرُّه، واختَلَفوا فيما يَحتمِل القِسمةَ، والأصحُّ أنه لا يَصِحُّ؛ لأنه تَنفيذُ الهِبةِ في الشّائعِ، فصار كإقامة البيِّنتَين على الارتِهان، وقِيل: هذا قولُ[2] أبي حنيفةَ، وعندهما: يجوزُ؛ بِناءً على أن هِبةَ الواحِدِ من اثنَين جائِزةٌ عندهما، خِلافًا له.

وقِيل: يجوزُ بالإجماع؛ لطُرُوِّ الشُّيوعِ[3].

فإن أرَّخا فصاحِبُ التّاريخِ الْمُقدَّمِ أولى، وإن لم يُؤقِّتا ومع أحَدِهما قبضٌ: كان هو أولى.

(والشِّراءُ والْمَهرُ سواءٌ) يَعني: إذا ادَّعى أحَدُهما شِراءَ عَينٍ من رجلٍ، وادَّعَت امرَأةٌ أن ذلك الرَّجُلَ تَزوَّجها على تلكَ العَينِ: فهما سواءٌ؛ لاستِواء البيِّنتَين في القُوّة، بخِلاف الهِبةِ والبيعِ.

ثم للمَرأة نِصفُ العَينِ، ونِصفُ قِيمةِ العَينِ على الزَّوجِ، وللمُشتَري نِصفُ الثَّمَن، ويَرجِع بنِصف الثَّمَن إن شاء، وإن شاء فَسَخ البيعَ؛

---

(١) أي كون الهبة والصدقة سواء فيما لا يحتمل القسمة، كالعبد والدابة، صحيح هذا بالاتفاق. اهـ إتقاني. شلبي ٤/٣١٨.

(٢) في (هـ): هذا على قول.

(٣) إذ كل واحد منهما أثبت قبض الكل، ثم حصل الشيوع بعد ذلك، وذلك لا يمنع صحة الهبة والصدقة، والأصح أنه لا يجوز بالإجماع؛ لأنّا لو قضينا لكل واحد منهما بالنصف يُقضى له بالعقد الذي شَهِد به شهودُه، وعند اختلاف العقدين: لا تجوز الهبة من رجلين بالإجماع. «التبيين» ٤/٣١٨.

والرَّهنُ أحقُّ من الهِبة.

ولو بَرْهَن الخارِجان على الْمِلكِ والتّاريخِ، أو على الشِّراء من واحِدٍ: فالأسبَقُ أحقُّ، ....

لتَفرُّق الصَّفْقةِ عليه، وهذا عند أبي يوسف، وقال محمدٌ: الشِّراءُ أولى، ولها على الزَّوج قِيمةُ العَينِ.

(والرَّهنُ أحقُّ من الهِبة) يَعني: لو ادَّعى أحَدُهما رَهنًا وقبضًا، والآخَرُ هِبةً وقبضًا من صاحِب اليدِ، وأقاما البَيِّنةَ، ولا تأريخَ لهما ولا قَبْضَ: كان الرَّهنُ أَولى؛ لأنه مَضمونٌ، والهِبةُ أمانةٌ، والْمَضمونُ أَقوى، فكان أولى، بخِلاف الهِبةِ بشَرط العِوَضِ؛ لأنها بيعٌ انتِهاءً.

(ولو بَرْهَن الخارِجان) أي لو أَقام كلٌّ منهما بَيِّنةً (على الْمِلكِ) الْمُطلَقِ (والتّاريخِ، أو) أقاما بَيِّنةً (على الشِّراء من واحِدٍ) غيرِ ذِي اليدِ، وعلى التّاريخ (فالأسبَقُ) منهما تاريخًا (أحقُّ) أي أولى في الصُّورتَين.

وذَكَر الصُّورةَ الأُولى في أوَّل البابِ، وأعادها ههنا: لأَجل ذِكرِ التّاريخِ، وجَعَل الكَرْخيُّ هذا مُتَّفقًا عليه.

وجَعَل صاحِبُ «الأمالي» أن هذا قولُ أبي حنيفةَ وقولُ محمدٍ أوَّلًا، وهو قولُ أبي يوسف آخِرًا، وفي قَول محمدٍ آخِرًا -وهو قولُ أبي يوسف أوَّلًا-: هو بينهما؛ لأنه لا عِبرةَ للتّاريخ[1] في دَعوى الْمِلكِ الْمُطلَقِ[2].

---

(١) في (د): لا عبرة للمنازع.

(٢) لأنه دعوى أولية الملك معنًى، حتى يُستحقُّ بزوائده المنفصلة كالنتاج، والمقصود =

وعلى الشِّراء من آخَرَ وذَكَرا تاريخًا: استَوَيا.

ولو أُرِّخت إحداهما دون الأُخرى فهما سواءٌ عند أبي حنيفةَ، وقال أبو يوسف: الْمُؤرَّخُ أَولى، وقال محمدٌ: الْمُبهَمُ أولى؛ لأن البَيِّنةَ على الْمِلك الْمُطلَقِ تَدُلُّ على الْمِلك من الأصل؛ ألا تَرى أنه يَستحِقُّ به الأولادَ والأكسابَ، ومِلكُ الأصلِ أولى من التّاريخ.

ولأبي يوسف: أن الْمُؤرَّخَ مِلكُه مُتيقَّنٌ، فكان أولى، ولأبي حنيفةَ: أن الْمُبهَمَ يَحتمِل أن يكونَ أقدَمَ، فلا يَترجَّح الْمُؤرَّخُ مع الاحتِمالِ.

وأما الصُّورةُ الثّانيةُ: فلأنهما لما ادَّعَيا من شخصٍ واحِدٍ فقد اتَّفَقا على أن الْمِلكَ له، فمن أَثبَت منهما التَّلقِّيَ من جِهَته في زَمانٍ لا يُزاحِمه فيه أحدٌ: كان أولى.

ولو لم يُؤرِّخا: فهما سواءٌ، وإن أُرِّخت إحداهما دون الأُخرى: فالْمُؤرَّخُ أَولى، وإن كان مع أحَدِهما قبضٌ: كان هو أَولى، ولو أَرَّخ الآخَرُ، ما لم يُثبِت أنه أقدَمُ تاريخًا.

(و) لو أقام كلٌّ منهما بَيِّنةً (على الشِّراء من) رجُلٍ (آخَرَ) يَعني: غيرَ الذي يَدَّعي الشِّراءَ منه صاحِبُه (**وذَكَرا تاريخًا**: استَوَيا) حتى يكونُ الْمَبيعُ بينهما نِصفَين، سواءٌ كان تاريخُ أحَدِهما أقدَمَ أو لم يكن؛ لأن

= من إثبات التاريخ إثبات زيادة الاستحقاق على خصمه؛ لتترجح بينته على بينة الخصم، فإثبات زيادة الاستحقاق لا تتصور في دعوى أولية الملك، فكان التقدم والتأخر فيه سواءً. «التبيين» ٤/ ٣١٩.

ولو بَرْهَن الخارِجُ على مِلكٍ مُؤرَّخٍ، وتارِيخُ ذِي اليدِ أسبَقُ، ....

كُلًّا منهما يُثبِت الْمِلكَ لبائِعه، ومِلكُ بائِعه مُطلَقٌ، ولا تاريخَ فيه، فيَثبُتُ لكلٍّ منهما من البائِعَين مِلكٌ مُطلَقٌ، فيكونُ بينهما، وكذا لو ذَكَر أحَدُهما تاريخًا دون الآخَرِ فهما سواءٌ، بخِلاف ما إذا كان الْمُمَلِّكُ لهما واحِدًا؛ حيث يكونُ أقدَمُهما تاريخًا أولى.

(ولو بَرْهَن الخارِجُ) أي لو أَقام بَيِّنةً (على مِلكٍ مُؤرَّخٍ و) الحالُ أن (تارِيخ ذِي اليدِ أسبَقُ) فذُو اليدِ أحقُّ عندهما، وقال محمدٌ: لا تُقبَل بَيِّنةُ ذِي اليدِ في الْمِلك الْمُطلَقِ أصلًا.

ولهما: أن بَيِّنةَ ذِي اليدِ دَلَّت على تَقدُّم الْمِلكِ، فكانَت أَولى.

ولو استَوى تاريخُهما، أو لم يكن معهما تارِيخٌ، أو كان مع أحَدِهما دون الآخَرِ: كان الخارِجُ أولى؛ لأن بَيِّنتَه تُثبِت غيرَ الظّاهِرِ.

ولو كان الْمُدَّعَى في أيدِيهما، وأرَّخا: كان أقدَمُهما تاريخًا أولى عندهما، وعند محمدٍ: هو بينهما.

ولو أُرِّخت إحداهما دون الأُخرى والْمَسألةُ بحالها: كان بينهما عندهما؛ لأن أبا حنيفةَ لا يَعتبِر التّاريخَ من أحَد الجانِبَين في الْمِلك الْمُطلَقِ، ومحمدًا لا يَعتبِره بالكُلِّيّة، فيكونُ بينهما، وعند أبي يوسفَ: هو للمُؤرِّخِ منهما؛ لأن تاريخَ الواحِدِ مُعتبَرٌ عنده؛ لتيقُّن مِلكِه.

أو بَرْهَنا على النِّتاج، أو سَبَب مِلكٍ لا يَتكرَّر، ....

(أو[1] بَرْهَنا) أي أقاما البَيِّنةَ (على النِّتاج) أي كلٌّ منهما أقام البَيِّنةَ على أنها وَلَدت عنده، فذُو اليدِ أولى أيضًا؛ لأن بَيِّنتَه قد دَلَّت على ما دَلَّت عليه بَيِّنةُ الخارجِ، ومعه تَرجيحُ اليدِ، فكان أولى، وهذا بالإجماع، إلا عن ابن أبي لَيلى: أن الخارجَ أولى، وقال عِيسى بنُ أبانَ: تَهاتَرت البَيِّنتان، ويُترَك في يَد ذِي اليدِ لا على وَجه القَضاءِ[2].

(أو) بَرْهَنا على (سَبَب مِلكٍ لا يَتكرَّر) مِثلُ حَلَبِ اللَّبَنِ، واتِّخاذِ الجُبُنِّ، وجزِّ الصُّوفِ والْمِرْعِزّى، وغَزْلِ القُطنِ والكَتّانِ، ونَسْجِ الثَّوبِ من غَزْلهما، فذُو اليدِ أولى أيضًا؛ لأن ذلك في مَعنى النِّتاجِ.

وإن كان على سبَبٍ يَتكرَّر، مِثلُ البِناءِ، والغَرْسِ، وزِراعةِ الحِنطةِ والحُبوبِ: قُضِي به للخارِج.

وإن أشكَل عليهم: اعتُمِد في كَشف ذلك على أهل الخِبرةِ، والواحِدُ منهم يَكفي، والأحوَطُ اثنان، وإن أشكَل عليهم: قُضِي به للخارِج؛ لأنه الأصلُ عند عدَمِ العِلمِ.

والشَّرطُ في ذلك: أن يُبيِّنَ في الدَّعوى نصًّا أن ذلك السَّبَبَ وُجِد في مِلكه، حتى إذا قال كلُّ واحِدٍ منهما، أو ذُو اليدِ وحدَه: نَسَجتُ هذا الثَّوبَ، أو: نُتِجت هذه الدّابّةُ عندي: كان الخارجُ أولى؛ لأن الإنسانَ

---

(١) في (ب) و(هـ): ولو.

(٢) حتى يحلف ذو اليد للخارج على ما سيجيء قريبًا. شلبي ٤/ ٣٢٠.

أو الخارجُ على الْمِلك، وذُو اليدِ على الشّراءِ منه: فذُو اليدِ أحقُّ منه.

ولو بَرْهَن كلٌّ على الشِّراءِ من الآخَر، ولا تاريخَ: سَقَطا، وتُترَك الدّارُ في يَد ذِي اليدِ.

يَنسُج لغَيره، وتَلِدُ دابّةُ الغيرِ عنده، فلم يكن فيه دَلالةٌ على أن الثَّوبَ نَسَجه في مِلكه، وأن الدّابّةَ وَلَدت في مِلكه، فبَقِي دَعوى مُطلَقِ الْمِلكِ، وبينة الخارجُ أولى، ولا تُقبَل بَيِّنةُ ذِي اليدِ فيه حتى يَنُصَّ عليه ويَقولَ: نَسَجتُه في مِلكي، أو: نُسِج في مِلكي، و: وَلَدت الدّابّةُ في مِلكي.

وعلى هذا: لو قال: هذا جُبْنِّي اتَّخذتُه أنا، أو قال: اللَّبَنُ الذي اتُّخِذ منه هذا الجُبنُّ مِلكي، أو: الشّاةُ التي حَلَب منها لبَنَه مِلكي: كان الخارجُ أولى، ولو قال: اتَّخذتَه في مِلكي، أو: حَلَب لبَنَه في مِلكي: كان ذُو اليدِ أولى.

(أو) بَرْهَن (الخارجُ على الْمِلك، و) بَرْهَن (ذُو اليدِ على الشِّراءِ منه) أي من الخارجِ: فصاحِبُ اليدِ أولى أيضًا؛ لأن الخارجَ أثبَت الْمِلكَ لنَفسه ببَيِّنةٍ، وأثبَت ذُو اليدِ التَّلقِّيَ منه، فكان أولى.

وقولُه: (فذُو اليدِ أحقُّ منه) أي من الخارجِ: جَوابُ الْمَسائلِ الثَّلاثِ كما ذكَرْناها.

(ولو بَرْهَن كلٌّ) واحدٍ من الخارجِ وذِي اليدِ، أو الخارِجَين، أو ذَوِي الأيدِي (على الشِّراءِ من الآخَر، و) الحالُ أنه (لا تاريخَ) لهما (سَقَطا) أي البُرهانان، أراد تَهاتَرت البَيِّنتان (وتُترَك الدّارُ) الْمُدَّعاةُ (في يَد ذِي اليدِ) لا على وَجه القَضاءِ عندهما.

....

وقال محمدٌ: إن كانَت في يَد أحَدِهما: يُقضى بالبَيِّنتَين، ويكونُ للخارجِ؛ لإمكان العمَلِ بهما بجَعل ذِي اليدِ مُشترِيًا من الخارجِ، وقَبَضه، ثم باعَه منه ولم يَقبِضه، فيُؤمَر بالدَّفع إليه؛ لأن تَمكُّنَه من القَبض دَلالةُ السَّبْقِ، ولا يُعكَس؛ لأن البيعَ قبل القبضِ لا يجوزُ وإن كان في العَقار عنده.

ولهما: أن الإقرارَ بالشِّراء من صاحِبه إقرارٌ منه بالْمِلك له، فصار بيِّنةُ كلِّ واحِدٍ منهما كأنها قامَت على إقرار الآخَرِ، وفيه التَّهاتُرُ بالإجماع؛ لتَعذُّر الجَمعِ، فكذا هذا.

ثم إن شَهِدت البيِّنتان بقَبض الثَّمَنِ: تَقاصّا إن كان من جِنسٍ واحِدٍ، وتَساوَيا، وإن كان أحَدُهما أكثرَ: رَجَع بالزِّيادة، وإن اختَلَفا جِنسًا: رَدَّ كلُّ واحِدٍ منهما ما قَبَض؛ لأنه مَضمونٌ عليه.

وإن لم يَشهَدوا بقَبض الثَّمَنِ: لا يَتأتّى التَّقاصُّ عندهما؛ لعَدَم الوُجوبِ، وعند محمدٍ: يَتأتّى؛ لوُجوبه عنده.

ولو شَهِد الفَريقان بالبَيع وقبضِ الْمَبيعِ: تَهاتَرت البيِّنتان بالاتِّفاق.

وإن وُقِّتت البيِّنتان في العَقار[1] ولم يُثبِتا قبضًا.. فإن كان وَقتُ الخارجِ أسبقَ: يُقضى بها[2] لصاحِب اليدِ عندهما، فيُجعَلُ كأن الخارجَ اشترَى

---

(١) قَيَّد بالعقار: ليُظهر ثمرة الخلاف كما ذُكر، والله أعلم. شلبي ٤/ ٣٢٢.

(٢) في (هـ): بهما.

ولا تَرَجُّحَ بزيادة عدَدِ الشُّهودِ.

دارٌ في يدِ آخرَ، ادَّعى رجلٌ نِصفَها، وآخَرُ كلَّها، وبَرْهَنا: فللأوَّل

أوَّلًا، ثم باع قبل القبضِ من صاحِب اليدِ، وهو جائزٌ في العَقار عندهما، وعند محمدٍ: يُقضى للخارجِ؛ لأنه لا يَصِحُّ بيعُه قبل القبضِ، فبَقِي على مِلكه..

وإن أثبَتا قبضًا يُقضى بها لصاحِب اليدِ بالإجماع، وإن كان وقتُ صاحِبِ اليدِ أسبقَ يُقضى بها للخارِج، سواءٌ شَهِدوا بالقَبض أو لم يَشهَدوا.

(ولا ترجّح) الدَّعوى أو الحُكمُ (بزيادة عدَدِ الشُّهودِ) بأن[1] أقام أحدُ الخَصمَين شاهِدَين، والآخَرُ أكثرَ: لا تُرجَّحُ بكَثرة شُهودِه؛ لأن التَّرجيحَ يكونُ بقُوّةٍ في العِلّة لا بكَثرةٍ في العِلَل، ولهذا لا تُرجَّح الآيةُ بآيةٍ أُخرى، ولا الخبَرُ بالخبَر، وإنما تُرجَّح بقُوّةٍ فيهما، بأن يكونَ أحَدُهما مُتواتِرًا والآخَرُ من الآحاد، أو كان أحَدُهما مُفسَّرًا والآخَرُ مُجمَلًا، فيُرجَّح الْمُفسَّرُ على الْمُجمَل، والْمُتواتِرُ على الآحاد؛ لقُوّة وصفٍ فيه، وكذا لا يُرجَّح أحدُ القِياسَين بالقِياس.

وعند الشّافعيِّ في القَديم وبعضِ المالِكيّةِ: يُرجَّح بكَثرة العدَدِ.

(دارٌ) كائِنةٌ (في يدِ آخرَ، ادَّعى رجلٌ نِصفَها) بأنه مِلكُه (و) ادَّعى (آخَرُ كلَّها، وبَرْهَنا) أي أقام كلٌّ منهما البيِّنةَ على ما ادَّعاه: (فللأوَّل) وهو

(١) في (د): فإن.

رُبُعُها، وللآخَرِ الباقِي، ....

مُدَّعي النِّصفِ (رُبُعُها) أي رُبُعُ الدّارِ (وللآخَرِ الباقِي) وهو ثَلاثةُ الأرباعِ بطَريقِ الْمُنازَعةِ[1] عند أبي حنيفةَ؛ لأن مُدَّعِيَ الكلِّ لا يُنازِعه أحدٌ في النِّصفِ، فسَلِم له من غَيرِ مُنازَعةٍ، ثم استَوَت مُنازَعتُهما في النِّصفِ الآخَرِ، فيكونُ بينهما، فسَلِم لِمُدَّعي الكلِّ ثَلاثةُ الأرباعِ، ولِمُدَّعي النِّصفِ سَلِم له الرُّبُعُ.

وعندَهما: لِمُدَّعي الكلِّ ثُلُثاها، ولِمُدَّعي النِّصفِ ثُلُثُها؛ لأن مُدَّعيَ الكلِّ يَضرِبُ بكلِّها، ومُدَّعيَ النِّصفِ بِنِصفِها بطَريقِ العَولِ.

وبه قال مالِكٌ في رِوايةٍ، وعند الشّافعيِّ في قولٍ: تَهاتَرت البيِّنتان.

ويُحلَّفُ ذُو اليدِ في نِصفٍ تقابضا لهما[2]، فإذا حَلَف بَقِي في يَد ذِي اليدِ كلُّه.

---

(١) قال شيخ الإسلام خواهر زاده في «مبسوطه»: إذا كانت الدار في يد رجل ثالث.. إن لم يُقم لهما بينةٌ: فإنه يحلف ذو اليد، فإذا حلف ترك الدار في يده؛ لأنه لما حلف انقطع دعواهما، فكأنهما لم يدعيا، وإن أقاما البينة: فبينة كل منهما مسموعة على ما ادعى؛ لأن كل واحد منهما فيما ادعى لنفسه خارج، وبينة الخارج مسموعة على ذي اليد، وإذا سمعت بينة كل واحد منهما: قسمت الدار بينهما عند أبي حنيفة على طريق المنازعة أرباعًا، أصله من سهمين لحاجتك إلى النصف، فمدعي الجميع يدعي الجميع، ومدعي النصف لا يدعي إلا سهمًا، فقد تفرد مدعي الجميع بدعوى سهم واحد، فيكون له بلا منازعة، فبقي سهم واحد استوت منازعتهما فيه، فيكون بينهما، فينكسر فيضعف، فيصير أربعةً، وإن شئت قلت: إنا نحتاج إلى حساب له نصفٌ ولنصفه نصف صحيح، وأقل ذلك أربعة أسهم. اهـ شلبي ٤/ ٣٢٣.

(٢) في (هـ): تقابضهما.

....

واعلَم أن جِنسَ القِسمةِ على أربَعة أنواعٍ:

أحَدُها: ما يُقسَم بطَريق العَولِ إجماعًا، وهي ثمانِ مَسائلَ: الْميراثُ[١]، والدُّيونُ[٢]، والوَصِيَّةُ بما دون الثُّلُث إذا اجتَمَعت وزادَت على الثُّلُث[٣]، والْمُحاباةُ، والدَّراهِمُ الْمُرسَلةُ، والسِّعايةُ، والعبدُ إذا قَلَع عينَ رجلٍ وقَتَل آخرَ خَطأً، فدُفِع بهما، والْمُدبَّرُ إذا جَنى على هذا الوجهِ، فدُفِعت قِيمتُه بهما.

الثّاني: ما يُقسَم بطَريق الْمُنازَعةِ إجماعًا، وهي مَسألةٌ واحِدةٌ: فُضوليٌّ باع عبدًا لغَيره من رجلٍ، وفُضوليٌّ آخرُ باع نِصفَه من آخرَ، فأجاز الْمَولى البَيعَين، فاختار الْمُشتَرِيان الأخذَ: يكونُ لِمُشتَري الكلِّ ثَلاثةُ أرباعِه، ولِمُشتَري النِّصفِ الرُّبُعُ بطَريق الْمُنازَعةِ.

والثّالثُ: ما يُقسَم بطَريق الْمُنازَعةِ عند أبي حنيفةَ، وعندهما: بطَريق العَولِ، وهي ثَلاثُ مَسائِلَ: إحداها: مَسألةُ الكِتابِ، والثّانيةُ: إذا أوصى

---

(١) كما في امرأة ماتت وتركت زوجًا وأختًا لأب وأم وأختًا لأب، للزوج النصف، وللأخت لأب وأمٍّ النصفُ، وللأخت لأب السدس تكملةً للثلثين، فتعول الفريضة إلى سبعة، وكانت في الأصل من ستة. اهـ إتقاني. شلبي ٤/ ٣٢٣.

(٢) إذا اجتمعت وضاقت التركة عنها. اهـ، كرجل مات وترك ألفًا ولرجل عليه ألف درهم، ولآخر عليه خمسمائة، فالألف بينهم أثلاثًا على طريق العول؛ لأن حقهم كان في الذمة ثم انتقل إلى العين. اهـ إتقاني شلبي ٤/ ٣٢٣.

(٣) أي بأن أوصى لرجل بثلث ماله، ولآخر بربع ماله، ولآخر بسدس ماله، ولم تُجز الورثة حتى عادت إلى الثلث. اهـ شلبي ٤/ ٣٢٣.

....

لرجلٍ بجَميع مالِه، ولآخرَ بنِصف مالِه، وأجازَت الوَرَثةُ، والثّالثةُ: إذا أَوصى لرجلٍ بعَبدٍ بعَينه، ولآخرَ بنِصف ذلك العبدِ، وليس له مالٌ غيرُه.

والرّابعُ: ما يُقسَم بطَريق العَولِ عند أبي حنيفةَ، وعندهما: بطَريق المُنازَعةِ، وهي خمسُ مَسائِلَ:

إحداها: عبدٌ مَأذونٌ له في التِّجارة بين رَجُلَين، أدانَه أحَدُهما مِائةً، وأدانَه أجنَبيٌّ مِائةً: فدَينُ المَولى يَسقُط نِصفُه؛ لاستِحالة وُجوبِ الدَّينِ على عَبده، وثَبَت نِصفُه الذي[1] في نَصيب شَريكِه، فإذا بِيع بالدَّين يَقتسِمان الثَّمَنَ على الخِلاف الذي ذَكَرناه[2].

والثّانيةُ: إذا أدانَه أَجنَبيّان، أحَدُهما مِائةً، والآخَرُ مِائتَين: يَقتسِمان ثَمَنَه على هذا.

والثّالثةُ: عبدٌ قَتَل رجلًا خطأً، وآخَرَ عمدًا، وللمَقتول عمدًا وليّان، فعَفا أحَدُهما، فدُفِع بهما: كان بينهما على الخِلاف[3].

والرّابعةُ: لو كان الجاني مُدبَّرًا على هذا الوجهِ، فدُفِعت قِيمتُه: كانَت بينهما كذلك.

---

(١) كذا في (أ) و(د) و«التبيين» ٤/ ٣٢٣، : وفي (ب) و(ج): نصفه الدين، وفي الباقي: نصف الدين.

(٢) أي فيأخذ المولى ثلث الثمن والأجنبي ثلثيه. اهـ شلبي ٤/ ٣٢٣.

(٣) أي عنده أثلاثًا وعندهما أرباعًا، وإن فداه المولى يفديه بخمسة عشر ألفًا، خمسة آلاف لشريك العافي، وعشرة آلاف لولي الخطأ. اهـ شلبي ٤/ ٣٢٤.

ولو كانَت في أيدِيهما: فهي للثّاني.

والخامِسةُ: أُمُّ ولَدٍ قَتَلت مَولاها[1] وأجنَبيًّا عمدًا، ولكلٍّ واحِدٍ منهما وَلِيّان، فعَفا أحدُ وَلِيّي كلٍّ واحِدٍ منهما على التَّعاقُب: فإنها تَسعى في ثَلاثة أرباعِ قِيمتِها، فتُقسَمُ بين السّاكتَين، فيُعطى الرُّبُعُ لشَريك العافِي آخِرًا، والنِّصفُ الآخَرُ بينه وبين شَريكِ العافِي أوَّلًا أثلاثًا، ثُلُثاه لشَريك العافِي أوَّلًا، والثُّلُثُ لشَريك العافِي آخِرًا، عنده، وعندهما: أرباعًا.

(ولو كانَت) الدّارُ (في أيدِيهما) أي في أيدِي الْمُدَّعِيَين، والْمَسألةُ بحالها (فهي) أي الدّارُ كلُّها (للثّاني) وهو مُدَّعي الكلِّ؛ لأن مُدَّعيَ النِّصفِ تَنصرِف دَعواه إلى ما في يَده لتَكونَ يدُه يدًا مُحِقّة، ولا يَدَّعي شيئًا مما في يَد صاحِبِه، ومُدَّعيَ الكلِّ يَدَّعي ما في يَد نفسِه وما في يَد الآخَرِ، ولا يُنازِعه أحدٌ فيما في يَده[2]، فيُترَكُ في يَده[3] لا على وَجه

(١) في (هـ): قتلت مولاها خطأ.

(٢) في (أ): فيما يدعيه، وفي (ب): ولا ينازعه أحدهما في يده، وفي (د): ولا ينازعه أحد مما في يده. وانظر «التبيين» ٤/ ٣٢٤.

(٣) والأصح أنهما لا يطلان بل يقضى بها بينهما إن كانا خارجين، أو كانت في أيديهما، وإن كانت في يد أحدهما: يقضى بها لذي اليد؛ لأن اعتبار ذكر الوقت لحقهما، وحقهما هنا في إسقاط اعتباره؛ لأن في اعتباره إسقاط حقهما، فلا يعتبر، فصار كأنهما ذكرا النتاج من غير تاريخ، وفيه صاحب اليد أولى إن كانت في يد أحدهما، وإلا فهي بينهما، كما إذا أشكل في موافقة سنها أحد التاريخين، وهكذا ذكره محمد، والأول ذكره الحاكم، وهو قول بعض المشايخ. «التبيين» ٤/ ٣٢٤.

ولو بَرْهَنا على نِتاج دابّةٍ، وأرَّخا: قُضِي لمن وافَق سِنُّها تارِيخَه، وإن أشكَل ذلك: فلهما:

القَضاءِ، واستَوَت مُنازَعتُهما فيما في يَد صاحِبِه، فكانَت بَيِّنتُه أولى؛ لأنه خارِجٌ فيه، فيُقضى له في ذلك النِّصفِ، فسَلِم له الكلُّ، نِصفُها بالتَّرك لا على وَجه القَضاءِ، والنِّصفُ الآخَرُ بالقَضاء.

(ولو بَرْهَنا) أي لو أقام اثنان بَيِّنةً (على نِتاج دابّةٍ) عندهما (و) الحالُ أنهما (أرَّخا) أي ذَكَرا تاريخًا (قُضِي لمن وافَق سِنُّها) أي سِنُّ الدّابّةِ (تارِيخَه) لظُهور عَلامةِ الصِّدقِ فيه، فتَرجَّحت بَيِّنتُه بذلك، سواءٌ كانَت الدّابّةُ في أيديهما، أو في يَد أحَدِهما، أو في يدِ ثالِثٍ.

وإن لم يكن تاريخٌ[1] يُحكَم بها لذِي اليدِ إن كانَت في يَد أحَدِهما، أو لهما إن كانَت في يَدهما أو في يَد ثالِثٍ.

(وإن أشكَل ذلك) أي سِنُّ الدّابّةِ في مُوافَقة أحدِ التّاريخَين (فلهما) أي فيُقضى لهما بها؛ لأن أحَدَهما ليس بأولى من الآخَر.

هذا إذا كانا خارِجَين، بأن كانَت الدّابّةُ في يدِ ثالِثٍ، وكذا إذا كانَت في أيديهما، وإن كانَت في يَد أحَدِهما: قُضِي بها لصاحِب اليدِ؛ لأنه لما أشكَل الأمرُ سَقَط التّاريخان، فصار كأنهما لم يُؤرِّخا.

وإن خالَف سِنُّها التّاريخَين: بَطَلت البَيِّنتان؛ لأنه ظَهَر كَذِبُ أحد الفَريقَين[2]، فيُترَكُ في يَد مَن كانَت في يَده، والأصحُّ أنهما لا تَبطُلان،

(١) في (أ): وإن لم يذكرا تاريخا.
(٢) في سوى (أ): كذب الفريقين.

ولو بَرْهَن أحدُ الخارِجَين على الغَصبِ، والآخَرُ على الوَديعةِ: استَويا.

والرّاكبُ واللّابِسُ أحقُّ من آخِذ اللِّجامِ والكُمِّ.

بل يُقضى بها بينهما إن كانا خارِجَين، أو كانَت في أيديهما، وإن كانَت في يَد أحَدِهما: يُقضى بها لذِي اليدِ.

(ولو بَرْهَن أحدُ الخارِجَين) أي لو أقام أحدُ الخارِجَين بيِّنةً على رجلٍ في يَده عينٌ أنه أخَذه (على) وَجه (الغَصبِ، و) بَرْهَن (الآخَرُ) على أنه عندَه[1] (على) وَجه (الوَديعةِ: استَويا) أي الخارِجان في الدَّعوى، حتى يُقضى بتلك العَينِ بينهما نِصفان؛ لأن الوَديعةَ تَصيرُ غَصبًا بالجُحود[2]، حتى يجبُ عليه الضَّمانُ، ولا يَسقُط بالرُّجوع إلى الوِفاق.

(والرّاكبُ) على الدّابّة (واللّابِسُ) للقَميص (أحقُّ) بأن تَنازَع الرّاكبُ مع الآخَرِ في دابّةٍ، واللّابِسُ مع الآخَرِ في قَميصٍ: فالرّاكبُ أحقُّ (من آخِذ اللِّجامِ و) اللّابِسُ أحقُّ من آخِذ (الكُمِّ) لأن تَصرُّفَ الرّاكبِ واللّابسِ أظهَرُ، بخِلاف ما إذا أقام الآخِذُ البيِّنةَ؛ حيث يكونُ أولى؛ لأن بيِّنةَ الخارِجِ أولى على ما ذَكَرنا.

ولو كان أحَدُهما راكِبًا على السَّرْج، والآخَرُ رَديفًا له: كان الرّاكبُ أولى؛ لأن تَمكُّنَه في ذلك الْمَوضِعِ دَليلٌ على تَقدُّم يدِه، بخِلاف

---

(١) في (د) و(هـ): عبده.

(٢) أي فصار دعوى الوديعة والغصب سواء. اهـ شلبي ٤/ ٣٢٥.

وصاحِبُ الحِمْلِ، والجُذوعِ، ....

ما إذا كانا راكِبَين على السَّرْج؛ حيث يكونُ بينهما؛ لاستِوائِهما في التَّصرُّف.

ولو كان أحَدُهما مُتعلِّقًا بذَنَبها، والآخَرُ ماسِكٌ بلِجامها.. قالُوا: يَنبَغي أن يكونَ الماسِكُ أولى.

ولو تَنازَعا في بِساطٍ أحَدُهما قاعِدٌ عليه، والآخَرُ مُتعلِّقٌ به: فهو بينهما نِصفان بحُكم الاستِواءِ بينهما، لا بطَريق القَضاءِ، وكذا إذا كانا جالِسَين عليه، بخِلاف ما إذا كانا جالِسَين في دارٍ وتَنازَعا فيها؛ حيث لا يُحكَم لهما بها؛ لاحتِمال أنها في يَد غيرِهما، وهنا عُلِم أنه ليس في يَد غيرِهما.

(وصاحِبُ الحِمْلِ) على الدّابّة إذا تَنازَع مع آخَرَ فيها، وادَّعى كلٌّ منهما أنها له (و) صاحِبُ (الجُذوعِ) وهو جمعُ جِذعِ النَّخلةِ وغيرِها، وهي الأخشابُ التي تُرَصُّ على الجُدران لأجل تَركيبِ السَّقفِ عليها، إذا تَنازَع في حائِطٍ عليه جُذوعُه مع آخَرَ له عليه هَرادِيُّ، وهو جمعُ هُرْدِيّةٍ، وهي: قَصَباتٌ تُضَمُّ مَلويّةً بِطاقاتٍ من الكَرْم، فيُرسَلُ عليها قُضبانُ[1] الكَرْمِ، كذا في «دِيوان الأدَبِ»، لكن صَحَّح فيه الهاءَ والحاءَ جَميعًا، وقال في «الصِّحاحِ»: الحُرْدِيُّ من القَصَب، نَبَطيٌّ مُعرَّبٌ، ولا يُقالُ: الهُرْدِيُّ. وكذا قال ابنُ دُرَيدٍ، ولكن ذَكَره في باب الحاءِ.

---

(١) في (ب): قصبان، وفي (هـ): قضبات، وفي (ح): قصبات. وانظر «البناية» ٩/٤٠٨.

والاتِّصالِ: ....

(و) صاحِبُ (الاتِّصالِ) أراد به اتِّصالَ تربيعٍ، وهو أن يَتداخَلَ لَبِنُ البِناءِ الْمُتنازَعِ فيه في لَبِن جِدارِه، ولَبِنُ جِدارِه في لَبِن البِناءِ الْمُتنازَعِ فيه، وساجُ أحَدِهما مُركَّبٌ على ساج الآخَرِ.

وكان الكَرْخيُّ يقولُ: صِفةُ هذا الاتِّصالِ أن يكونَ الحائِطُ الْمُتنازَعُ فيه مُتَّصِلًا بحائِطَين لأحَدهما من الجانِبَين جَميعًا، والحائِطان مُتَّصِلان بحائِطٍ له بمُقابَلَة الحائِطِ الْمُتنازَعِ فيه، حتى يَصيرَ مُرَبَّعًا شِبْهَ القُبَّةِ، فحينَئذٍ يكونُ الكلُّ في حُكم شيءٍ واحِدٍ.

والْمَرويُّ عن أبي يوسف: أن اتِّصالَ جانِبَي الحائِطِ الْمُتنازَعِ فيه بحائِطَين لأحَدهما: يَكفي، ولا يُشترَط اتِّصالُ الحائِطَين بحائِطٍ له بمُقابَلة الحائِطِ الْمُتنازَعِ فيه[1].

وإن كان الجِدارُ من خَشَبٍ: فالتَّربيعُ أن يكونَ ساجُ أحَدِهما مُركَّبًا على الآخَر، وأما إذا نُقِب وأُدخِل: فلا يكونُ مُرَبَّعًا، فلا عِبرةَ به، ولا باتِّصال الْمُلازَقةِ من غير تَربيعٍ؛ لعَدَم الْمُداخَلةِ، فلا يَدُلُّ على أنهما بُنِيا معًا.

ولا بوضْع الهَراديِّ ولا البَوارِي؛ لأن الحائِطَ لا يُبنى لأجله عادةً، حتى لو تَنازَعا في حائِطٍ ولأحَدهما عليه هَراديُّ، ولا شيءَ للآخَر:

---

(١) وعليه أكثر مشايخنا رحمهم الله؛ لأن الرجحان يقع بكون ملكه محيطًا بالحائط المتنازع فيه من الجانبين، وذلك يتم بالاتصال بجانبي الحائط المتنازع فيه. «التبيين» ٤/ ٣٢٦.

أحقُّ من الغَير.

فهو بينهما إذا عُلِم أنه بأيدِيهما، ولا يُرجَّح صاحِبُ الهَراديِّ.

وقال شيخُ الإسلامِ خَواهَرْ زادَهْ في «مَبسوطه»: تَفسيرُ التَّربيعِ إذا كان الحائِطُ من مَدَرٍ أو خَزَفٍ: أن يكونَ أنصافُ لَبِنِ الحائِطِ الْمُتنازَعِ فيها داخِلًا في غَيرِ الْمُتنازَعِ فيه، وأنصافُ لَبِنِ غيرِ الْمُتنازَعِ فيه داخِلًا في الْمُتنازَعِ فيه، وإذا كان من خشَبٍ فالتَّربيعُ أن يكونَ ساجُ أحَدِهما مُركَّبًا في الآخَر، فأما إذا نُقِب وأُدخِل: لا يكونُ مُربَّعًا.

وقولُه: (أحقُّ من الغَير) خَبرٌ لقَوله: (وصاحِبُ الحِملِ) وما عُطِف عليه، وهو جَوابُ الْمَسائلِ الثَّلاثِ..

أما الأُولى: فلأن صاحِبَ الحِملِ هو الْمُتصرِّفُ فيها التَّصرُّفَ الْمُعتادَ، فكانَت في يَده، كما إذا ادَّعى جَماعةٌ سَفينةً وكان واحِدٌ منهم راكِبَها، والآخَرُ مُمسِكٌ بدَفَّتِها[1]، وآخرُ يُجذِّفُ[2] فيها، وآخَرُ يَمُدُّها: فهي بينهم، إلا مَن يَمُدُّها؛ فإنه لا شيءَ له فيها؛ لأنه لا يدَ له فيها، بخِلاف الباقِين؛ لأنهم الْمُتصرِّفون فيها التَّصرُّفَ الْمُعتادَ.

ولو كان الحِملُ لهما كانَت بينهما؛ لاستِوائِهما.

ولا يُرجَّح بكَثرة ما في الحِمل لأحَدهما.

وأما الثَّانيةُ: فلأن صاحِبَ الجُذوعِ هو الْمُستعمِلُ، وصاحِبُ الهَراديِّ

---

(١) كذا في (أ) و(ج): بدفتها، وفي (د): بعرفها، وفي الباقي: بذنبها.

(٢) في (هـ): يجذب.

مُتعلِّقٌ، والبِناءُ يُبنى للجُذوعِ عادةً لا لوَضعِ الهَراديِّ.

وقال الشّافعيُّ رَحِمَهُ اللَّهُ: لا يُرجَّح بوَضعِ الجُذوعِ؛ لأنه يَحتمِلُ أن يكونَ مِلكَه أو عارِيَةً أو غَصبًا، فلا يكونُ حُجّةً مع الاحتِمالِ.

قُلنا: وَضعُه عَلامةُ مِلكِه، وما ذَكَره من الاحتِمال فبَعيدٌ ههنا.

ولو كان لكلٍّ منهما عليه ثَلاثةُ جُذوعٍ فهو بينهما؛ لاستِوائِهما في أصلِ العِلّةِ، ولا يُعتبَر بالكَثرة والقِلّةِ بعد أن تَبلُغَ ثَلاثًا.

وإنما شُرِطت الثَّلاثةُ: لأنَّ الحائطَ يُبنى للتَّسقيف، وذلك لا يَحصُل بما دون الثَّلاثِ غالِبًا، فصارَت الثَّلاثةُ كالنِّصاب له.

ولو كان عليه جُذوعٌ، لأحَدهما ثَلاثةٌ، وللآخَر أقلُّ: فهو لصاحِب الثَّلاثةِ عند أبي حنيفة استِحسانًا، والقِياسُ أن يكونَ بينهما نِصفان، وهو أيضًا مَرويٌّ عنه.

ثم لصاحِب الجِذعِ الواحِدِ أو الاثنَين حقُّ الوضعِ باختِلاف الرِّواياتِ؛ لأنّا حَكَمنا بالحائِط لصاحِب الجُذوعِ بالظّاهِر، وهو يَصلُح للدَّفع لا لِلاستِحقاق، فلا يُؤمَر بالقَلع إلا إذا ثَبَت بالبَيِّنة أن الحائِطَ لصاحِب الجُذوعِ، فحينَئذٍ يُؤمَر بالقَلع.

وبَيانُ اختِلافِ الرِّواياتِ: هو أنه ذَكَر في كِتاب الإقرارِ أن الحائِطَ كلَّه لصاحِب الجُذوعِ[1]، ولصاحِب القَليلِ ما تحت جِذعَيه، يُريدُ به حقَّ

(١) في (ب) و(د): الجذع.

....

الوضعِ، وذَكَر في كِتاب الدَّعوى أن الحائِطَ بينهما على قَدْر الأجذاعِ؛ لأن مَوضِعَ جِذعِه مَشغولٌ بجِذعه، فيكونُ في يَده حَقيقةً باعتِبار الاستِعمالِ، فيَثبُتُ لكلٍّ منهما الْمِلكُ فيما تحت خَشَبتِه؛ لوُجود سبَبِ الاستِحقاقِ فيه.

ثم من أصحابنا من قال: يُحكَم بما بين الخَشَباتِ بينهما على قَدْر الأخشابِ، وأكثرُهم على أنه لا يَملِك صاحبُ الخَشَبةِ أو الخَشَبتَين إلا مَوضِعَ خَشَبتِه، وقِيل: يكونُ ما بين الخَشَب بينهما نِصفَين، وقِيل: يُقسَم جَميعُ الحائِطِ بينهما على قَدْر أخشابِهما؛ اعتِبارًا لقَدْر الاستِعمالِ.

وإن كان لأحَدهما عليه جُذوعٌ، وللآخَر اتِّصالُ تَربيعٍ: فصاحِبُ الجُذوعِ أولى، وذَكَر الطَّحاويُّ أن صاحِبَ الاتِّصالِ أولى، وللآخَر حقُّ وضعِ جُذوعِه، وصَحَّح الجُرجانيُّ هذه الرِّوايةَ، والسَّرَخسيُّ الأُولى.

وفي «الْمُحيط»: الأيدي في الحائِط على ثَلاث مَراتِبَ: اتِّصالِ تَربيعٍ، واتِّصالِ مُلازقةٍ ومُجاوَرةٍ، ووَضعِ جُذوعٍ ومُحاذاةِ بِناءٍ، ولا عَلامةَ لليد في الحائِط سِوى هذا، فأولاهم صاحِبُ التَّربيعِ، فإن لم يُوجَد فصاحِبُ الجُذوعِ، فإن لم يُوجَد فصاحِبُ الْمُحاذاةِ.

وإن كان لأحَدهما جِذعٌ واحِدٌ، ولا شيءَ للآخَر.. قِيل: هما سواءٌ، وقِيل: صاحِبُ الجِذعِ أولى، وإن كان لأحَدهما عليه هَراديُّ أو بواري، ولا شيءَ للآخَر: فهو بينهما، فلا تُعتبَر الهَراديُّ ولا البَواري.

ثوبٌ في يَده، وطَرَفُه في يَد آخرَ: نُصِّف.

وفي «فَتاوى» قاضِي خانَ: إن كان لأحَدهما جِذعٌ واحِدٌ، وللآخر عليه هَراديٌّ أو بَواري، أو لم يكن له عليه شيءٌ: فهو لصاحِب الجِذعِ.

وفي «شَرح الكافِي»: إذا كان الحائِطُ بين الدّارَين، فادَّعى صاحِبُ كلِّ واحِدٍ من الدّارَين: فإن أبا حنيفة قال: إن كان لأحَدهما عليه جُذوعٌ، وليس للآخَر عليه جُذوعٌ: فهو لصاحِب الجُذوعِ؛ لأن الحائِطَ ما بُنِي إلا لها، فإن كان له عليه هَراديُّ أو بَواري: لم يَستحِقَّ بها شيئًا، وكان الحائِطُ لصاحِب الجُذوعِ، لكنه لا يُؤمَر برَفع الهَراديِّ والبَواري.

وإن كان الحائِطُ مُتَّصِلًا ببناء أحَدِهما، وللآخَر عليه جُذوعٌ: فهو لصاحِب الجُذوعِ، إلا أن يكونَ اتِّصالًا بتَربيعٍ، وهو أن يكونَ أحدُ طَرَفَي الآخَرِ في هذا الحائِطِ، والطَّرَفُ الآخَرُ في الحائِط الآخَرِ، حتى يصيرَ في مَعنى حائِطٍ واحِدٍ وبِناءٍ واحِدٍ، فيكونُ ثُبوتُ اليدِ على البَعض ثُبوتًا على الكلِّ، فيكونُ الحائِطُ لصاحِب الاتِّصالِ، ولصاحِب الجُذوعِ مَوضِعُ جُذوعِه، إلا أنه لا يُؤمَر صاحِبُ الجُذوعِ برَفع جُذوعِه، فإن لم يكن مُتَّصِلًا ببناء أحَدِهما، ولم يكن عليه جُذوعٌ: فهو بينهما نِصفان.

وأما الثّالِثةُ: فلأن الاتِّصالَ بالصُّورة التي ذَكَرناها لا يكونُ إلا عند البِناءِ، فدلَّ ذلك على أن بانِيَهما واحِدٌ في وقتٍ واحِدٍ، فيُرجَّحُ به.

(ثوبٌ في يَده) أي في يَد رجلٍ (وطَرَفُه) أي طَرَفُ الثَّوبِ (في يَد) رجلٍ (آخرَ) تَنازَعا فيه: (نُصِّف) أي يكونُ بينهما نِصفَين؛ لأن يدَ كلٍّ منهما ثابِتٌ

صبيٌّ يُعبِّر عن نَفسه، فقال: أنا حُرٌّ: فالقولُ له، ولو قال: أنا عبدٌ لفُلانٍ، أو لا يُعبِّر عن نَفسه: فهو عبدٌ لمن في يَده.

فيه، ولا يُعتبَر بالكَثرة في أحَدهما؛ لأن التَّرجيحَ بالقُوّة لا بالكَثرة، بخِلاف ما إذا كان في يَد الآخَرِ الهُدْبةُ[1]؛ لأنها ليست بثوبٍ؛ إذ هي غيرُ مَنسوجةٍ، فلم يكن في يَده شيءٌ من الثَّوب، فلا يُزاحِمُ الآخَرَ.

(صبيٌّ يُعبِّر عن نَفسه، فقال: أنا حُرٌّ: فالقولُ له) فلا تُقبَلُ دَعوى أحدٍ عليه أنه عبدُه عند إنكارِه إلا ببيِّنةٍ، كالبالِغ[2].

(ولو قال) صبيٌّ يُعبِّر عن نَفسه (أنا عبدٌ لفُلانٍ، أو لا يُعبِّر) الصَّبيُّ (عن نَفسه) وقال: أنا حُرٌّ: لا يُسمَع (فهو عبدٌ لمن في يَده).

أما الأوَّلُ: فلأنه أقَرَّ أنه لا يدَ له؛ حيث أقَرَّ على نَفسه بالرِّقّ، فكان مِلكًا لمن في يَده، كالقِماش، ولا يَثبُت الرِّقُّ بقولِ الصَّبيِّ حتى يُقالَ: إنه من الْمَضارّ، فلا يُعتبَرُ من الصَّبيّ، بل بدَعوى ذِي اليدِ؛ لعَدَم الْمُعارِضِ بدَعوى الحُرِّيّةِ.

وأمّا الثّاني: فلأنه بمَنزِلة الْمَتاعِ، فيكونُ مِلكًا لمن هو في يَده إن ادَّعاه؛ لعَدَم الْمُعارِضِ.

ولو كَبِر وادَّعى الحُرِّيّةَ لا يُقبَل قولُه؛ لأنه ظَهَر عليه الرِّقُّ، فلا يُنقَضُ ذلك إلا بالبَيِّنة.

---

(١) هُدْبة الثوب: طرته، مثال غرفة. «المصباح» ٢/ ٦٣٥.

(٢) في (ج) و(د) و(هـ): كالبائع.

عشَرةُ أبياتٍ في دارٍ في يَده، وبيتٌ في يدِ آخَرَ: فالسّاحةُ نِصفان.
ادَّعى كلٌّ أرضًا في يَده، ولَبَّن أحَدُهما فيها، أو بَنى، أو حَفَر: فهي في يَده، ....

(عشَرةُ أبياتٍ) كائِنةٍ (في دارٍ) كائِنةٍ (في يَده) أي في يدِ رجلٍ (وبيتٌ) واحِدٌ في الدّار أيضًا (في يدِ آخَرَ: فالسّاحةُ) التي للدّار بين صاحِبِ العشَرةِ والبيتِ الواحِدِ[1] (نِصفان) لأن كُلًّا من الْمُلّاك يَحتاجُ إليها للاستِعمال في أنواع الْمَرافِق، من الْمُرور فيها، والتَّوضُّؤ، وكسرِ الحطبِ، ووَضعِ الأمتِعةِ، ونحوِ ذلك، وهما في ذلك سواءٌ، فتَتنصَّفُ بينهما، فصار نظيرَ الطَّريقِ؛ لأن التَّرجيحَ بالقُوّة لا بالكَثرة على ما عُرِف.

بخِلاف ما إذا تَنازَعا في الشِّرب؛ حيث يُقسَم بينهما على قَدْر أراضِيهما؛ لأن الاحتِياجَ إليه لأجل السَّقيِ، فعند كَثرةِ الأراضِي تَكثُر الحاجةُ.

(ادَّعى كلٌّ) واحِدٍ من الاثنَين (أرضًا في يَده، ولَبَّن) بتَشديد الباءِ، أي ضَرَب لَبِنًا، وهو الطُّوبُ النِّيءُ (أحَدُهما) أي أحدُ الاثنَين الْمُدَّعِيَين (فيها) أي في الأرض (أو بَنى) فيها بِنايةً (أو حَفَر) فيها بِئرًا (فهي) أي الأرضُ (في يَده) لأن اليدَ في الأرض غيرُ مُشاهَدةٍ، فلا تَثبُتُ عند القاضِي بمُجرَّد دَعواهما أنها في يَده، فلا بُدَّ من إقامة البَيِّنةِ أنها في يَده، أو من التَّصرُّف فيها، كالتَّلبين والبِناءِ والحَفرِ؛ لأن التَّمكُّنَ من هذه الأشياءِ دَليلٌ على أنها في يَده.

---

(١) في (هـ): فالساحة التي للدارين لصاحب العشرة والدار الواحد نصفان.

كما لو بَرْهَن أحَدُهما أنها في يَده.

ثم إن ادَّعيا أنها في أيدِيهما لم يُقضَ بلا بَيِّنةٍ؛ لاحتِمال أنها في يدِ غيرِهما، وإن ادَّعيا أنها في يدِ أحَدِهما فكذلك، لكن ليس للمُقِرِّ أن يُنازِعَه في اليَد؛ لإقراره أنها في يدِ صاحِبِه.

(**كما لو بَرْهَن أحَدُهما**) أي أقام بَيِّنةً (**أنها**) أي الأرضَ (**في يَده**) فإنه يُقضى له باليَد فيها، ويكونُ الآخَرُ خارِجًا، وإن بَرْهَنا على أنها في يَدهما قُضِي بها لهما، فإن طَلَبا القِسمةَ لم تُقسَم بينهما ما لم يُقِيما البيِّنةَ على الْمِلكِ، قِيل: هذا قولُ أبي حنيفة، وعندهما: تُقسَم، واللهُ أعلمُ.

﴿ باب دَعوى النَّسَبِ ﴾

ولَدَت مَبيعةٌ لأقلَّ من سِتّة أشهُرٍ مُذ بِيعت، فادَّعاه البائعُ: فهو ابنُه، وهي أُمُّ ولَدِه، ويُفسَخُ البيعُ، ويُرَدُّ الثَّمَنُ، وإن ادَّعاه الْمُشتَري معه، أو بعدَه، ....

هذا (باب) في بَيان أحكامِ (دَعوى النَّسَبِ)

(ولَدَت) أمةٌ (مَبيعةٌ لأقلَّ من سِتّة أشهُرٍ مُذ بِيعت) أي من حِين البيعِ (فادَّعاه) أي فادَّعى الولَدَ (البائعُ: فهو) أي الولَدُ (ابنُه، وهي) أي الأمةُ الْمَبيعةُ (أُمُّ ولَدِه، ويُفسَخُ البيعُ، ويُرَدُّ الثَّمَنُ) استِحسانًا، والقِياسُ أن تكونَ هذه الدَّعوى باطِلةً، وهو قولُ زفرَ والثَّلاثةِ؛ لأن إقدامَه على البَيع دَليلٌ على أن الحَملَ ليس منه، فإذا لم تَصِحَّ الدَّعوى لم يَثبُت النَّسَبُ؛ لأنه مَبنيٌّ عليه.

وجهُ الاستِحسانِ: أن العُلوقَ حَصَل في مِلكه يَقينًا، والظّاهرُ عدَمُ الزِّنى؛ فيكونُ منه، وتَصِحُّ دَعواه مُستنِدًا إلى وَقت العُلوقِ، ويُفسَخُ البيعُ؛ لأنه قد باع أُمَّ ولَدِه، ويُرَدُّ الثَّمَنُ؛ لأنه مقتَضَى[1] الفَسخَ في العَقد.

وقولُه: (وإن ادَّعاه الْمُشتَري) واصِلٌ بما قبله، والتَّقديرُ: إن لم يَدَّعِ الْمُشتَري ذلك، وإن ادَّعاه الْمُشتَري (معه) أي مع البائعِ، أي مع دَعواه (أو) ادَّعى الْمُشتَري (بعدَه) أي بعدَ دَعوى البائعِ، وتَذكيرُ الضَّميرِ

(١) في سوى (أ): يقتضي.

وكذا إن ماتَت الأُمُّ، بخِلاف موتِ الولَدِ.

باعتِبار الادِّعاءِ، لأن دَعوى البائعِ أسبَقُ؛ لأنها تَستنِدُ إلى حالة العُلوقِ؛ لكَونها دِعوةَ الاستيلادِ، ودَعوى الْمُشتَرِي دِعوةُ[1] تَحريرٍ؛ إذ العُلوقُ لم يكن في مِلكه، فيَقتصِرُ، فكانَت الأُولى أقوى، فلا تُعتَبرُ الثّانيةُ، فصار الْمُشتَري كغَيره من الأجانِب؛ فلا تَصِحُّ دَعواه.

واحتَرَز بذلك عمّا إذا ادَّعاه الْمُشتَري قبلَه؛ لأنَّه إذا ادَّعاه أولًا يَثبُتُ نسَبُه منه؛ لوجودِ المجوِّزِ للدِّعوةِ وهو المِلكُ، ألا ترى أنَّه يَجوزُ إعتاقُه وإعتاقُ أمِّه!

(وكذا) يَثبُتُ نسَبُ الولَدِ من البائِع (إن ماتَت الأُمُّ) وادَّعاه البائِعُ، وقد جاءَت به لأقلَّ من سِتّة أشهُرٍ (بخِلاف) ما إذا ادَّعاه البائِعُ بعدَ (موتِ الولَدِ) فإنه لا يَثبُت نسَبُه منه.

والفرقُ: أن الولَدَ هو الأصلُ في الباب، والأُمُّ تَبَعٌ له؛ ألا تَرى أنها تُضافُ[2] إليه، فيَثبُتُ نسَبُه أوّلًا، فتَتبَعُه أُمُّه، فيَثبُتُ لها حقُّ الحُرِّيّةِ بسَبَبِه؛ لقَوله عَلَيْهِ الصَّلَاةُ وَالسَّلَامُ: «أعتَقَها ولَدُها»، رَواه ابنُ ماجه[3].

فإذا كان هو الأصلَ كان الْمُعتبَرُ بَقاءَه؛ لحاجته إلى ثُبوت النَّسَبِ، ولا يَضُرُّه فَواتُ التَّبَعِ، بخِلاف العَكسِ، وهو ما إذا مات الولَدُ دون

(١) في (هـ): دعوى.
(٢) في سوى (أ): أنه يضاف إليها. وانظر «التبيين» ٤/ ٣٣٠.
(٣) ابن ماجه (٢٥١٦)، والدارقطني (٤٢٣٣). وقد تقدم.

وعَتقُهما كمَوتهما.

الأُمِّ؛ حيث لا تَصِحُّ دِعوتُه في الأُمِّ[1]؛ لأن الحُكمَ لا يَثبُتُ في التَّبَع ابتِداءً دون مَتبوعِه، ويُرَدُّ المالُ كلُّه عند أبي حنيفةَ؛ لأنه تَبيَّن أنه باع أُمَّ ولَدِه، وبيعُها باطِلٌ..

ولا يَضمَنُها الْمُشتَري؛ لأنها غيرُ مُتقوِّمةٍ عنده كالحُرِّ[2]، ولهذا لا تُضمَنُ بالغَصب عنده، وعندهما: يَرُدُّ حِصّةَ الولَدِ، ولا يَرُدُّ حِصّةَ الأُمِّ؛ لأنها مُتقوِّمةٌ عندهما، فتُضمَنُ بالعَقد والغَصبِ، فتكونُ مَضمونةً على الْمُشتَري، فإذا ردَّ الولَدَ دونَها يجبُ على البائع ردُّ حِصّةِ ما سَلِم له، وهو الولَدُ؛ لئلا يَجتمِعَ البَدَلان في مِلكه، ولا يجبُ عليه ردُّ حِصّةِ ما لم يَسلَم له، وهي الأُمُّ[3].

(وعَتقُهما) أي وعَتقُ الْمُشتَري الأُمَّ والولَدَ (كمَوتهما) في الحُكم، حتى لو أعتَق الْمُشتَري الأُمَّ دون الولَدِ، فادَّعى البائعُ أنه ابنُه: صَحَّت

---

(1) قال الإتقاني: ثم إذا مات الولد تعذر إثبات النسب فيه؛ لأن الحقوق لا تثبت ابتداءً للميت ولا عليه، وإذا لم يثبت النسب لم يثبت الاستيلاد؛ لأنه فرع النسب، وكانت الأم بحالها. شلبي ٤/ ٣٣٠.

(2) في (هـ): كالحرة.

(3) هكذا ذكروا الحكم على قولهما، وكان ينبغي أن يَرُدّ البائعُ جميع الثمن عندهما أيضًا، ثم يرجع بقيمة الأم؛ لأنه لما ثبت نسب الولد منه تبين أنه باع أم ولده، وبيع أم الولد غير صحيح بالإجماع، فلا يجب فيه الثمن، فلا يكون لأجزاء المبيع منه حصة، بل يجب على كل واحد من المتعاقدين رد ما قبضه إن كان باقيًا، وإلا فبدله. «التبيين» ٤/ ٣٣٠.

وإن وَلَدت لأكثرَ من سِتّة أشهُرٍ: رُدَّت دِعوةُ البائعِ، ....

دِعوتُه، وثَبَت نسَبُه منه، ولو أعتَق الولَدَ دون الأُمّ: لا تَصِحُّ دِعوتُه؛ لما ذَكَرنا أن الولَدَ هو الأصلُ، والأُمُّ تَبَعٌ.

والتَّدبيرُ كالإعتاق[1].

ثم إذا لم يَبطُل عَتقُ الْمُشتَري في الأُمّ: فالبائِعُ يَرُدُّ من الثَّمَن ما يَخُصُّ الولَدَ خاصّةً، ولا يَرُدُّ ما يَخُصُّ الأمّ[2] بالإجماع هنا.

والفرقُ لأبي حنيفةَ بين هذا وبين ما إذا ماتَت الأُمُّ: فإن البائِعَ هنا يَرُدُّ ما يَخُصُّ الولَدَ فقط؛ لأن القاضيَ كذَّبَه في الإعتاق فيما يَزعُمُ أنها أُمُّ ولَدِه، حيث جَعَلها مُعتَقةَ الْمُشتَري، ولم يَفسَخ البيعَ، فبَقِي صَحيحًا، فيَجِبُ عليه ثمَنُها، بخِلاف الموتِ؛ فإنَّ زعْمَ البائعِ فيه لم يَبطُل بشيءٍ؛ فبَقِي مُعتبَرًا في حقِّه، فيَرُدُّ جَميعَ الثَّمَنِ، وقِيل: يَرُدُّ جَميعَ الثَّمَنِ هنا أيضًا عند أبي حنيفةَ، كما في فَصل الموتِ، وإليه مال صاحِبُ «الهِدايةِ».

(وإن وَلَدت) الأمةُ الْمَذكورةُ (لأكثرَ من سِتّة أشهُرٍ) من وَقت البَيعِ (رُدَّت دِعوةُ البائعِ) لعَدَم العُلوقِ في مِلكه بيَقينٍ، وهو الْمُصحِّحُ ....

---

(١) لأنه لا يحتمل النقض لَمّا ظهر فيه بعض آثار الحرية، وهو امتناع التمليك، فصار كالاستيلاد، ثم إن قام هذا المانع بالولد امتنعت دِعوة البائع لما بينا، وإن قام بالأم لا يمتنع، فيثبت نسبه من البائع، ولا تصير أمه أم ولد له؛ لأن العتق فيها لا يمكن نقضه. «التبيين» ٤/ ٣٣٠.

(٢) في سوى (أ): الجارية.

إلا أن يُصدِّقَه المُشتَري.

ومَن ادَّعى نسَبَ أحدِ التَّوأمَين: ثَبَت نسَبُهما منه، وإن باع أحَدَهما، وأعتَقه المُشتَري: بَطَل عَتقُ المُشتَري.

(**إلا أن يُصدِّقَه**) أي البائِعَ (**المُشتَري**) فيَثبُتُ النَّسَبُ حينَئذٍ، ويُحمَلُ على الاستيلاد بالنِّكاح؛ للتَّيقُّن[1] أن العُلوقَ لم يكن في مِلكه.

ولا يَبطُلُ البيعُ، ولا يَعتِقُ الوَلَدُ، ولا تَصيرُ الأمةُ أُمَّ ولَدٍ له؛ لأن العُلوقَ حادِثٌ بعد البَيع، وإذا وَلَدت لأكثرَ من سِتّة أشهُرٍ من وَقت البَيعِ، ولأقلَّ من سَنتَين منه: فكذلك لا تُقبَلُ دِعوةُ[2] البائعِ إلا أن يُصدِّقَه المُشتَري.

(**ومَن ادَّعى نسَبَ أحدِ التَّوأمَين ثَبَت نسَبُهما**) أي نسَبُ التَّوأمَين (**منه**) أي من المُدَّعي؛ لأنهما من ماءٍ واحِدٍ، وإنما يُعرَفُ أنهما تَوأمان إذا كان بين وِلادتِهما أقلُّ من سِتّة أشهُرٍ، وإن كان بينهما سِتّةُ أشهُرٍ فصاعِدًا فليسا بتَوأمَين؛ لأن أقلَّ مُدّةِ الحَملِ سِتّةُ أشهُرٍ، فإذا أتَت بولَدٍ، ثم بولَدٍ آخَرَ لأقلَّ من سِتّة أشهُرٍ: يُعلَمُ بالضَّرورة أنهما من ماءٍ واحِدٍ.

(**وإن باع**) المالِكُ (**أحَدَهما**) أي أحدَ التَّوأمَين (**وأعتَقه المُشتَري**) منه، ثم ادَّعى البائِعُ بعده أنه ابنُه: ثَبَت نسَبُهما منه، فإذا ثَبَت نسَبُهما منه (**بَطَل عَتقُ المُشتَري**) إيّاه؛ لأن دِعوةَ البائعِ بعدَه صَحَّت في الذي

---

(١) في (أ) و(ب): لتيقن.

(٢) في (هـ): فكذلك تقبل دعوة.

....

لم يُبَع أنه ابنُه، ومن ضَرورة ذلك ثُبوتُ نسَبِ الآخَرِ؛ لأنهما من ماءٍ واحِدٍ، فيَلزَمُ منه بُطلانُ عَتقِ الْمُشتَري؛ لكَونهما حُرَّي الأصلِ؛ إذ يَستحيلُ أن يكونَ أحَدُهما حُرَّ الأصلِ، والآخَرُ رَقيقًا، وهما من ماءٍ واحِدٍ..

بخِلاف ما إذا كان الولَدُ واحِدًا؛ حيث لا يَبطُلُ فيه إعتاقُ الْمُشتَري بدَعوى البائعِ نسَبَه؛ لأن العَتقَ لو بَطَل فيه بَطَل مَقصودًا لأجلِ حَقِّ الدِّعوةِ للبائعِ، وأنَّه لا يَجوزُ، وهنا تَثبُتُ[1] الحُرِّيَّةُ في الذي لم يُبَع، ثم تَتعدّى إلى الآخَر ضِمنًا وتَبَعًا، وكم من شيءٍ يَثبُتُ ضِمنًا وإن لم يَثبُت مَقصودًا..

هذا إذا كان أصلُ العُلوقِ في مِلكه[2]، وأمّا إذا لم يكن في مِلكه، بأن اشتَراهما بعد الوِلادةِ، أو اشتَرى أُمَّهما وهي حُبلى بهما، أو باعَها[3]، فجاءَت بهما لأكثرَ من سَنتَين: يَثبُتُ نسَبُهما أيضًا؛ لأنهما لا يَفترِقان

(١) في (هـ): وهنا بقيت. وانظر «التبيين» ٤/ ٣٣٣.

(٢) قال شيخ الإسلام علاء الدين الإسبيجابي في «شرح الكافي» للحاكم الشهيد: وإذا ولدت أمة الرجل ولدين في بطن واحد، ولم يكن أصل الحبل عنده، فباع أحدهما وأعتقه المشتري، ثم ادعاه البائع: فهما ابناه، ولا ينتقض البيع، ولا عتق المشتري، أما ثبات النسب: فلأنه لما ثبت نسب أحدهما ثبت نسب الثاني؛ ضرورة أن أحدهما لا يقبل الفصل عن الآخر، وأما عدم انتقاض البيع: فلأنه حدث في المحل ما يمنع الانتقاض وهو الحرية؛ لأنه تعذر إثبات الحرية بطريق التبعية، فلا ينتقض البيع فيه. اهـ. إتقاني. شلبي ٤/ ٣٣٣.

(٣) في (ج) و(هـ): باعهما.

صَبِيٌّ عند رجلٍ، فقال: هو ابنُ فُلانٍ، ثم قال: هو ابنِي: لم يكن ابنَه، وإن جَحَد أن يكونَ ابنَه.

فيه(1)، لكن لا يَعتِقُ الذي ليس في مِلكه.

وإن كان الْمُشتَرِي قد أعتَقه: لا يَبطُلُ عَتْقُه؛ لأن هذه الدَّعوةَ دِعوةُ تَحريرٍ لعَدَم العُلوقِ في الْمِلك، بخِلاف الْمَسألةِ الأُولى، وهو ما إذا كان العُلوقُ في مِلكه؛ حيث يَعتِقان جَميعًا؛ لأنها دِعوةُ استِيلادٍ، فيَستنِدُ، ومن ضَرورته عَتقُهما بطَريق أنهما حُرّا الأصلِ، فتَبيَّن أنه باع حُرًّا.

(صَبيٌّ عند رجلٍ) أو عند غيرِه، وهذا ليس بقَيدٍ، وإنما وَقَع اتِّفاقًا (فقال) أي الرَّجُلُ الذي عندَه الصَّبيُّ (هو ابنُ فُلانٍ) الغائبِ (ثم قال: هو ابنِي: لم يكن ابنَه) أبدًا (وإن جَحَد) فُلانٌ الغائبُ (أن يكونَ) الصَّبيُّ (ابنَه) لأن إقرارَه بنَسَبه من الغَير يَمنَعُ ثُبوتَ نسَبِه منه بدِعوته؛ لأن إقرارَه حُجّةٌ في حقِّ نفسِه، وهذا عند أبي حنيفةَ.

وقالا: تَصِحُّ دِعوةُ الْمُقِرِّ بعد جُحودِ الْمُقَرِّ له أن يكونَ ابنَه؛ لأن إقرارَه له بَطَل بجُحود الْمُقَرِّ له، فصار كأن لم يُقِرَّ له.

---

(1) فكان قوله: هذا ابني مجازًا عن قوله: هذا حر، وإعتاق أحد التوأمين ينفصل عن عتق الآخر، فيقتصر هذا العتق على محل ولايته، وصار كأن البائع أعتقهما، فيَعتِقُ مَن في ملكه فحسب، وهذا بخلاف ما لو اشترى أحد التوأمين، واشترى أبو المشتري الآخرَ، ثم ادعى أحدهما نسبه، حيث يعتق كلاهما، وهذه دِعوة تحرير، فينبغي أن يقتصر على محل ولايته؛ لما أن أحدهما إما إن كان أبا المشتري أو ابن المشتري، فإن كان أبا المشتري: فالابن مَلَك أخاه، فيعتق عليه، وإن كان المدعي هو الابن: فالأب مَلَك حافده، فيعتق عليه. شلبي ٤/ ٣٣٣.

ولو كان في يدِ مُسلمٍ ونَصرانيٍّ، فقال النَّصرانيُّ: ابني، وقال المسلمُ: عَبدي: فهو حُرٌّ ابنُ النَّصرانيِّ.

وإن كان الصَّبيُّ في يدِ زَوجَين، فزعَم أنه ابنُه من غَيرها، وزَعَمت أنه ابنُها من غَيره: فهو ابنُهما.

وله: أن النَّسَبَ مما لا يَحتمِلُ النَّقضَ بعد ثُبوتِه، والإقرارُ بمِثله لا يَرتَدُّ بالرَّدِ، فيَبقى في حقِّ نفسِه؛ لأنه حُجّةٌ في حقِّ نفسِه.

(ولو كان) الصَّبيُّ (في يدِ مُسلمٍ ونَصرانيٍّ، فقال النَّصرانيُّ) هو (ابني، وقال المسلمُ) هو (عَبدي) وادَّعياه معًا (فهو) أي الصَّبيُّ (حُرٌّ) ويكونُ (ابنَ النَّصرانيِّ) لأنه يَنالُ بذلك شرَفَ الحُرِّيّةِ في الحال، والإسلامِ في المآلِ؛ إذ دَلائل[1] الوَحدانِيّةِ ظاهِرةٌ، فكان فيه الجَمعُ بين الْمَصلحتَين، وفي عَكسه فَواتُ شرَفِ الحُرِّيّةِ؛ إذ لا قُدرةَ له على اكتِسابها، فكان الجَمعُ بينهما أولى، بخِلاف ما إذا ادَّعى كلٌّ منهما أنه ابنُه؛ حيث يكونُ المسلمُ فيه أولى؛ لاستِوائِهما في دَعوى البُنُوّةِ، فيُرجَّحُ المسلمُ بالإسلام.

(وإن كان الصَّبيُّ في يدِ زَوجَين، فزعَم) الزَّوجُ (أنه) أي أن الصَّبيَّ (ابنُه من غَيرها) أي من غَير الزَّوجةِ (وزَعَمت) الزَّوجةُ (أنه) أي أن الصَّبيَّ (ابنُها من غَيره) أي من غَير الزَّوجِ (فهو) أي الصَّبيُّ (ابنُهما) أي ابنُ الزَّوجَين؛ لأن كلَّ واحِدٍ منهما أقَرَّ للوَلَد بالنَّسَب، وادَّعى ما يُبطِلُ حقَّ صاحِبِه،

(1) في (ب): أدلة، و(هـ): دلالة.

وَلَدت مُشتراتُه، فاستُحِقَّت: غَرِم الأبُ قِيمةَ الولَدِ، وهو حُرٌّ، .....

فصحَّ إقرارُهما له[1].

ولا يَبطُلُ حقُّ صاحبِه بمُجرَّد قولِه، ولا يَترجَّحُ أحَدُهما على الآخَر؛ لاستِواء أيدِيهما فيه، فيَكونُ ابنَهما.

هذا إذا كان الصَّبيُّ لا يُعبِّرُ عن نَفسه، وإن كان يُعبِّرُ: فالقولُ له، أيَّهما صَدَّق ثَبَت نسَبُه منه.

(وَلَدت مُشتراتُه) أي جارِيتُه التي اشتَراها (فاستُحِقَّت) بأن ظَهَر لها مُستَحِقٌّ فأخَذَها (غَرِم الأبُ) وهو المُشتَري (قِيمةَ الولَدِ) للمُستَحِقّ (وهو) أي الولَدُ (حُرٌّ) لأنه مَغرورٌ، والنَّظَرُ من الجانِبَين واجِبٌ، وقد أمكَن ذلك، بأن يُجعَلَ الولَدُ حُرَّ الأصلِ في حقِّ الأبِ، ورَقيقًا في حقِّ المُستحِقّ، فيَضمَنُ قِيمتَه يومَ الخُصومةِ؛ لأنه يومُ المنعِ.

وتَجِبُ هذه القِيمةُ على الأب دون الولَدِ، حتى إذا كان الأبُ ميتًا يُؤخَذُ من تَرِكته، ولا وَلاءَ للمُستحِقّ عليه؛ لأنه عَلِق حُرَّ الأصلِ..

وكذا إذا مَلَكها بسبَبٍ آخَرَ غيرِ الشِّراءِ، أيَّ سبَبٍ كان، وكذا إذا تَزوَّجها على أنها حُرّةٌ، ....

(١) قال التمرتاشي: التناقض لا يمنع صحة دعوى النسب، حتى لو قال رجل: هو ابني منك من زنًى، وقالت: من نكاح، ثم قال الرجل: من نكاح: يثبت النسب منه، فلو قالت: ابني منك من نكاح، وقال: من زنًى: لم يثبت النسب منهما؛ لعدم اتفاقهما في النكاح، فلو قالت بعد ذلك: ابني منك من نكاح: ثبت؛ لما قلنا. اهـ شلبي ٤/ ٣٣٤.

وإن ماتَ الولَدُ: لم يَضمَن الأبُ قِيمتَه، وإن تَرَكَ مالًا، وإن قُتِل الولَدُ:

فولَدت، ثم استُحِقَّت[1]، رُوِي ذلك عن عُمَرَ رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ في النِّكاح، وعن عليٍّ رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ في الشِّراء[2]، بمَحضَرٍ من الصَّحابةِ رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُمْ من غَيرِ نكيرٍ، فكان إجماعًا.

(**وإن مات الولَدُ**) في الصُّورة الْمَذكورةِ قبلَ الخُصومةِ (**لم يَضمَن الأبُ**[3] **قِيمتَه**) لأنه لو كان مَملوكًا للمُستحِقِّ حَقيقةً لم يكن مَضمونًا عليه، فإنَّ ولَدَ الْمَغصوبِ أمانةٌ عندنا، فأولى أن لا يكونَ مَضمونًا عليه مع عدَمِ الْمِلكِ حَقيقةً، وقولُه: (**وإن تَرَكَ**) الولَدُ (**مالًا**) واصِلٌ بما قبلَه؛ لأن الإرثَ ليس ببَدَلٍ عنه، فلا يَقومُ مَقامَه.

(**وإن قُتِل الولَدُ**) أي إذا قَتَل الولَدَ قاتِلٌ، وقَبَض الأبُ من دِيَته قَدْرَ قِيمتِه

(١) قال الإتقاني: والمغرر من يستولد امرأةً معتمدًا على ملك يمين أو نكاح، على أنها حرة، ثم يستحقها رجل بالبينة على أنها أمة، وولدها حر، بإجماع الصحابة، ثم قال الإتقاني: ثم اعلم أن ولد المغرر إنما يكون حرًّا بالقيمة إذا كان المغرر حرًّا، أما إذا كان مكاتبًا أو مأذونًا له في التزويج: يكون ولده عبدًا للمستحِقّ، خلافًا لمحمد، وسيجيء ذلك في كتاب المكاتب. اهـ شلبي ٤/ ٣٣٥.

(٢) قال الإمام محمد رَحِمَهُ اللَّهُ في «الأصل» ١٠/ ٢٦٩: وكذلك لو زوجها رجل من رجل وأخبره أنها حرة، فإذا هي أمة، فإن الولد حر، وعلى الأب قيمته، ويرجع بذلك على الذي غرّه وزوّجه.
ثم قال: بلغنا عن علي بن أبي طالب وعن عمر رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُمَا نحوُ هذا.
وروى نحو هذا عبد الرزاق (١٣١٦٦)، وابن أبي شيبة (٢١٠٦٢)، والبيهقي (١٤٢٥٤).

(٣) وهو المشتري.

غَرِم الأبُ قِيمتَه، يَرجعُ بالثَّمَن وقِيمتِه على بائِعه، ....

(غَرِم الأبُ قِيمتَه) أي يَجِبُ عليه ضَمانُ قِيمتِه، وإن لم يَقبِض شيئًا لا يَجِبُ عليه شيءٌ، وإن قَبَض أقلَّ من قِيمته وَجَب عليه بقَدْره؛ اعتِبارًا للبَعض بالكُلّ، وبخِلاف ما إذا قَتَله الأبُ؛ لأن المنعَ تَحقَّق بقَتله، كما في وَلَد الْمَغصوبِ إذا أتلَفه الغاصِبُ.

(ويَرجِعُ) الْمُشتَري (بالثَّمَن) أي بثَمَن الجارِيةِ (وقِيمتِه) أي قِيمةِ الولَدِ (على بائِعه) لأنه صار كَفيلًا بما شُرِط عليه من البَدَل؛ لأن البيعَ مَبنيٌّ على مُساواة البَدَلين في حُكم الضَّمانِ، فلما كان الثَّمَنُ من جانِب الْمُشتَري سالِمًا للبائِع وَجَب أن يَكونَ الْمَبيعُ سالِمًا للمُشتَري، وذلك بأن يُجعَلَ البائِعُ كَفيلًا بسَبَب تَملُّكِ البَدَلِ، فصار كأنه قال للمُشتَري: إن الحُكمَ قد ثَبَت لك، فإن ضَمَّنك أحدٌ بدَعوى باطِلٍ فأنا ضامِنٌ لك بما ضَمَّنك.

وكذا إن هَلَكت عند الْمُشتَري، فضَمَّنه الْمُستحِقُّ قِيمتَها وقِيمةَ الأولادِ: يَرجِعُ على البائِع بالثَّمَن وبما ضَمِن من قِيمة الأولادِ، ولا يَرجِعُ عليه بقِيمة الجارِيةِ؛ لأن أخذَ قِيمتِها منه كأخذ عَينِها، وفيه لا يَرجِعُ إلا بالثَّمَن، فكذا هذا.

وكذا إذا زَوَّجه رجلٌ على أنها حُرّةٌ، ثم استُحِقَّت: يَرجِعُ الأبُ على الْمُزوِّج بقِيمة الولَدِ؛ إذ الاستِيلادُ مَبنيٌّ على التَّزويج وشرطِ الحُرّيّةِ، فكان الشّارِطُ صاحِبَ عِلّةٍ، فصار كالقائِل: أنا كَفيلٌ بما لَحِقك بسَبَب هذا العَقدِ.

لا بالعُقْر.

(لا) يَرجِعُ الْمُشتَري على البائِع (بالعُقْر) أي بما لَزِمه من العُقْر، وهو مَهرُ الْمِثلِ[1]، وعند الشّافعيّ: يَرجِعُ؛ لأنه ضَمانٌ لَزِمه بفَوت السَّلامةِ[2].

قُلنا: العُقرُ عِوَضٌ عمّا استَوفى من مَنافِع البُضْعِ، فلو رَجَع به سَلِم له الْمُستَوفى مَجّانًا، والوطءُ في مِلك الغيرِ لا يَجوزُ أن يَسلَمَ له مَجّانًا.

ولا يَرجِعُ على الواهِب والْمُتصدِّقِ والْمُوصي بشيءٍ من قِيمة الأولادِ، خِلافًا للشّافعيّ[3]، واللهُ أعلمُ.

---

(١) لأن البائع صار كفيلًا بما شرط عليه من البدل؛ لأن البيع مبني على مساواة البدلين في حكم الضمان، فلما كان الثمن من جانب المشتري سالِمًا للبائع: وجب أن يكون المبيع سالِمًا للمشتري، وذلك بأن يُجعل البائعُ كفيلًا بسبب تملك البدل، فصار كأنه قال للمشتري: إن الحكم قد ثبت لك، فإن ضَمَّنك أحد بدعوى باطل فأنا ضامن لك بما ضَمَّنك، ولأن البائع التزم سلامتها عن العيب؛ إذ المعاوضة تقتضي ذلك، ولا عيب فوق الاستحقاق، فيُرجع عليه. «التبيين» ٤/ ٣٣٥.

(٢) أي المستحقة في العقد، كما يرجع بقيمة الولد. اهـ شلبي ٤/ ٣٣٦.

(٣) لأن الغرر قد تحقق له منه بإيجابه الملك له فيها، وإخباره أنها مملوكته.
قلنا: مجرد الغرر لا يكفي للرجوع، فإن من أخبر إنسانًا أن هذا الطريق آمن فسلكها، فأخذ اللصوص ماله: لم يرجع على المخبر بشيء، بخلاف البيع، فإنه عقد معاوضة يوجب السلامة أو الضمان، على ما بينّا، وهذا تبرع، وهو محسن، وليس على المحسن من سبيل. «التبيين» ٤/ ٣٣٦.

فهرس الموضوعات

الموضوع — الصفحة

كتاب البيوع ٧
- فصلٌ في بَيان ما يَدخُل في البَيع من غَير ذِكرٍ، وما لا يَدخُل، وغيره ... ١٩
● بابٌ في بَيان أحكامِ خِيارِ الشَّرطِ في البَيع ٣١
● باب في بَيانِ أحكامِ خِيارِ الرُّؤيةِ ٤٨
● باب في بَيان أحكامِ خِيارِ العَيبِ ٥٨
● باب في بَيانِ أحكامِ البيعِ الفاسِدِ ٨٥
- فصلٌ في بَيانِ أحكامِ تَصرُّفاتِ البائِعِ والمُشتَري في الثَّمَن والمَبيعِ وفيما يُكرَه من البُيوع وما لا يُكرَه ١٢٠
● باب في بَيانِ أحكامِ الإقالةِ ١٣١
● باب في بَيان أحكامِ التَّوليةِ ١٣٨
- فصلٌ في بَيانِ أحكامِ البَيعِ قبلَ قبضِ المَبيعِ والتَّصرُّفِ في الثَّمنِ بالزِّيادة والنُّقصانِ وغيرِ ذلك ١٥٢
● باب في بَيان أحكامِ الرِّبا ١٦٠
● باب في بَيان أحكامِ الحُقوقِ في المَبيع ١٧٧
● باب في بَيان أحكامِ الاستِحقاقِ ١٨١
- فصلٌ في بَيع الفُضوليِّ ١٨٨
● باب في بَيان أحكامِ السَّلَمِ ١٩٦
- مَسائِلُ مُتفرِّقةٌ من أبوابٍ شَتّى ٢٢٣

كتاب الصرف ٢٥١

الموضوع	الصفحة
كتاب الكفالة	٢٧٣
- فصلٌ في مَسائِلَ مُتفرِّقةٍ من جِنس هذا البابِ	٣٠٥
● باب في بَيان أحكامِ كَفالةِ الرَّجُلَين والعَبدَين	٣١٨
كتاب الحوالة	٣٢٩
كتاب القضاء	٣٣٩
- فصل [في الحبس]	٣٥٨
● باب في بَيان أحكامِ كِتابِ القاضِي إلى القاضِي وغيرِه	٣٦٣
● باب في بَيان أحكامِ التَّحكيمِ	٣٨٠
- مَسائِلُ شَتَّى	٣٨٣
كتاب الشهادة	٤٠٧
● باب مَن تُقبَل شَهادتُه ومَن لا تُقبَل	٤٢٧
● باب في بَيان أحكامِ الاختِلافِ في الشَّهادة	٤٤٨
● باب في بَيان أحكامِ الشَّهادةِ على الشَّهادة	٤٦٠
كتاب الرجوع عن الشهادة	٤٧٣
كتاب الوَكالة	٤٨٩
● باب في بَيان أحكامِ الوَكالةِ بالبَيع والشِّراءِ	٤٩٩
- فصلٌ فيما يَتصرَّفُ الوُكَلاءُ من التَّصرُّفات الفاسِدةِ وغيرِها	٥١٨
● باب في بَيان أحكامِ الوَكالةِ بالخُصومة والقَبضِ	٥٢٩
● باب في بَيان أحكامِ عَزلِ الوَكيلِ عن الوَكالة	٥٤٠
كتاب الدَّعوى	٥٤٧
● باب في بَيان أحكامِ التَّحالُفِ	٥٧٥
- فصلٌ في بَيان ما تَندفِع به الخُصومةُ	٥٨٧

الموضوع	الصفحة
● باب في بَيان أحكامِ ما يَدَّعيه الرَّجُلان	٥٩١
● باب في بَيان أحكامِ دَعوى النَّسَبِ	٦١٨
● فهرس الموضوعات	٦٣٠